Das

Vorkaufsrecht

nach gemeinem Rechte.

Inaugural-Dissertation,

der

hohen juristischen Fakultät der Universität Tübingen

zur

Erlangung der Doctorwürde

vorgelegt von

Eduard Jaeger,
Rechtsanwalt in Darmstadt.

Marburg.
Buchdruckerei Oscar Ehrhardt.
1893.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552705_0070

Inhaltsverzeichniß.

		Seite
	Literatur	IV
§ 1.	Einleitung. Begriffsbestimmung des jus protimiseos	1
§ 2.	Entstehung durch Gesetz	5
§ 3.	Fortsetzung (vermeintliche Fälle gesetzlichen jus protimiseos)	11
§ 4.	Entstehung durch letzten Willen, richterliche Verfügung und Vertrag	18
§ 5.	Gegenstand des jus protimiseos	30
§ 6.	Wirkungen des jus protimiseos	37
§ 7.	Voraussetzungen zur Geltendmachung des Vorkaufsrechtes	46
§ 8.	Fortsetzung. Einfluß von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit des Vertrages mit dem Dritten	75
§ 9.	Fortsetzung. Ist Abschluß des Vertrages mit dem Dritten erforderlich? Einfluß von Nebenbestimmungen und späteren Aenderungen des mit dem Dritten geschlossenen Vertrages	81
§ 10.	Pflichten des Vorkaufsverpflichteten	91
§ 11.	Pflichten des Vorkaufsberechtigten	101
§ 12.	Einfluß einer Aenderung der Subjekte. Mehrheit der Subjekte	105
§ 13.	Der Vertrag mit dem Berechtigten	117
§ 14.	Klage. Exekution	124
§ 15.	Untergang des Vorkaufsrechtes	129

Literatur.*)

Berger, Disput. de jure et pacto revendendi si vendatur (resp. Meis) in dessen Dissert. juris sel. Nr. 20, 1707; **Walch,** De jure protimiseos, 1728; **Moors,** De jure protimiseos s. retractus conventionalis et legalis, 1732; **Madihn,** De jure protimiseos ejusque a jure retractus discrimine, 1758 (auch in dessen Exercit. Hallens. 1777, No. 7); **Walch,** Vom Näherrecht, 3. Aufl. 1795, insbes. S. 89 ff.; **Glück,** Ausführliche Erläuterung der Pandekten, Bd. 16 § 990 ff. S. 156 ff., 1814; **Heise,** Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts, § 270 fg., 3. Ausg. 1819; **Brueckner,** Commentatio de juris protimiseos et juris retractus diversa natura, diversis causis et effectibus, 1824; **Schweppe** (4. Aufl. von Meier), Röm. Privatrecht, Bd. 3 § 424, 1831; **Göschen,** Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, Bd. 2 § 578; **Unterholzner,** Lehre von den Schuldverhältnissen, Bd. 2 § 434; **Mühlenbruch,** Lehrb. des Pandektenrechtes, Bd. 2 § 405 Z. 4; **Wening-Ingenheim,** Lehrb. des gemeinen Civilrechtes, 5. Aufl. 1837, Bd. 2 § 313; **Koch,** Recht der Forderungen nach gemeinem und nach Preußischem Rechte, Bd. 3 § 242 ff., 1843; **Schilling,** Lehrbuch der Institutionen und Geschichte des Röm. Privatrechts, Bd. 3 § 334 Z. 5, 1846; **Thibaut,** System des Pandektenrechts, 9. Aufl. von Buchholtz, Bd. 1 § 545, 1846; **Sintenis,** Prakt. gemeines Civilrecht, Bd. 2 § 116, S. 642 ff. der 1. Aufl. 1847; **Seuffert,** Prakt. Pandektenrecht § 390; **Buchta,** Pandekten § 360, Vorlesungen § 360; **Böcking,** Grundriß eines Lehrbuches des gem. Civilrechts, 5. Aufl. 2. Buch § 120 d., 1861; **Renaud,** im Magazin für Badische Rechtspflege und Verwaltung, Bd. 5 S. 394 ff., 1861; **Keller,** Pandekten § 327; **Arndts,** Pandekten, § 301; **Holzschuher,** Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, 3. Aufl., Bd. 3 § 295; **Treitschke (Wengler),** Kaufkontrakt, 2. Aufl. § 55, 1865; **Kayser,** in Holtzendorffs Rechtslexikon Bd. 3 S. 1172 s. v. Vorkaufsrecht; **Gareis,** in Endemanns Handb. des Handelsrechts Bd. 2 § 268 S. 623; **Windscheid,** Pandekten Bd. 2 § 388 Z. 2; **Dernburg,** Pandekten, Bd. 2 § 95 Anm. 16. —

Vgl. auch **Preuß.** Allgem. Landrecht Th. 1 Titel 20 § 568 ff., **Oesterr.** Bürgerl. Gesetzb. § 1072 ff., **Sächs.** Bürgerl. Gesetzb. § 1118 ff., Entwurf Bürgerl. Gesetzbuchs für das **deutsche Reich,** 1. Lesung § 481 ff. Der **Code civil** enthält keine Bestimmungen über das pactum protimiseos (pacte de préférence), vgl. jedoch **Renaud** in der vorerwähnten Abhandlung; **Laurent,** Principes de droit civil, tome 24 N. 17, 135 (1878); **Sirey,** Les Codes annotés, art. 1589 N. 20 (1886); **Zachariae,** Handb. des französischen Civilrechts, Bd. 2 § 352 Anm. 3. —

Die particuläre deutsche und die ausländische Gesetzgebung ist in dieser Abhandlung im Wesentlichen nur zur Vergleichung herangezogen, nicht aber um sie erschöpfend zu behandeln. —

*) In dieses Verzeichniß sind nur die wichtigeren Werke des 19. Jahrhunderts und die Monographien seit 1700 aufgenommen worden. Die hier erwähnten Schriftsteller werden in der Folge regelmäßig nur mit ihrem Namen zitirt. Weitere, insbesondere ältere, Literatur findet sich an den einschlägigen Stellen der Abhandlung erwähnt.

§ 1.

Einleitung.

Von einem jus protimiseos[1]), Vorzugsrechte, kann in verschiedenem Sinne gesprochen werden. Vorzugsrecht kann bei der Eingehung eines Rechtsgeschäftes und bei der Erfüllung eines solchen vorkommen. Bei der Eingehung, indem der Verpflichtete gehalten ist, bevor er mit einem Anderen ein Rechtsgeschäft abschließt, mit dem Berechtigten ein solches abzuschließen, vorausgesetzt daß dieser — was aus dem Begriffe des subjektiven Rechtes folgt — den Abschluß will. Bei der Erfüllung, indem der Verpflichtete gehalten ist, bevor er ein mit einem Anderen abgeschlossenes Rechtsgeschäft erfüllt, das mit dem Berechtigten abgeschlossene Rechtsgeschäft zu erfüllen. Beispiele für das Vorzugsrecht in der Eingehung eines Rechtsgeschäftes gewähren das unten (§ 3 Z. 5) zu besprechende angebliche Vorkaufsrecht des Fiskus an den in Privatbergwerken zu Tage geförderten Metallen, die Bestimmung der L. 34 § 2 Cod. de donat. 8. 53 (54) u. s. w. Diesem Vorzugsrechte entspricht, soweit es sich um das Recht zur Eingehung eines Vertrages handelt, auf der anderen Seite ein Contrahirungszwang, wie er dem Römischen, aber auch dem modernen Rechte in Ausnahmsfällen nicht unbekannt ist, denn der

[1]) Vom griechischen *προτίμησις* = Vorzug. Manche, z. B. Schilling a. a. O., wollen deshalb jus protimeseos schreiben, während ältere Schriftsteller anderer Variationen sich bedienten z. B. prothimiseos, prothomiseos u. dgl. m. In der Justinianischen Compilation kommt die Bezeichnung nicht vor; vergl. aber Novella Leonis Sapientis und Constantini Ducae in Zachariaes Historiae juris Graeco-Romani delin. 1839 pag. 117, 119, und die Verordnungen Kaiser Friedrichs II in 5 Feud. c. 13, 14 und, vollständig, bei Pertz Monum. Germ. Legum Tom. 2 pag. 332 (vgl. hierüber Beseler Privatr. Bd. 1 § 94 Anm. 8). — Aeltere Schriftsteller bedienten sich vielfach anderer Bezeichnungen: jus praerogativae oder praelationis (französ. droit de préférence), retractus conventionalis (Walch a. a. O. S. 94, meist ist jedoch damit das konventionelle Näherrecht gemeint).

Regel nach herrscht Vertragsfreiheit[2]). Vorzug in der Erfüllung eines Rechtsgeschäftes kann durch ein anderes Rechtsgeschäft vermittelt werden, beispielsweise durch eine Verpfändung; dieser Fall hat aber hier auszuscheiden, weil nicht das eigentliche Rechtsgeschäft den Anspruch auf vorzugsweise Erfüllung verschafft, sondern ein anderes, Sicherungs-Rechtsgeschäft[3]). Wohl aber gehören hierher Bestimmungen wie die L. 26 Dig. locati 19. 2 (Ulpian. libro II disputationum: In operis duobus simul locatis convenit priori conductori ante satisfieri), insoweit sie noch von praktischer Bedeutung für uns ist, und andere gesetzliche Vorzugsrechte, wie sie insbesondere für den Fall der Zwangsvollstreckung und des Konkurses vorgesehen sind, nicht weniger aber auch rechtsgeschäftliche Bestimmungen, wonach ein Rechtsgeschäft vorzugsweise vor einem anderen erfüllt werden soll.

Die herrschende Meinung nimmt an, daß das jus protimiseos, dessen wichtigste Anwendung das Vorkaufsrecht bildet, einen Vorzug in der Eingehung eines Vertrages gewähre. Es genügt, auf die Begriffsbestimmung zu verweisen, die Windscheid a. a. O. für das Vorkaufsrecht aufstellt: „Jemand muß, wenn er verkaufen will, einer bestimmten Person die Vorhand lassen, vorausgesetzt daß dieselbe gleiche Bedingungen bietet, wie ein dritter Kauflustiger geboten hat." Die Vorhand lassen, wenn man verkaufen will, bedeutet, mit dem Berechtigten den Vertrag in erster Linie abschließen. Eine Folge dieser Auffassung, oder vielleicht ihre Ursache, ist die Meinung, daß der Verpflichtete befugt sei, bereits vor dem Abschlusse des Vertrages mit einem Dritten, wenn ihm nur von dem Dritten ein Vertragsangebot gemacht worden sei, den Berechtigten mit der Wirkung zur Eingehung eines Vertrages mit denselben Bedingungen, wie sie vom Dritten geboten waren, aufzufordern, daß im Falle der Ablehnung das Recht zum Vertragsschlusse erlösche (s. unten § 9 Z. 1). Allein diese Meinung stimmt weder mit der Auffassung der Quellen überein, noch ist

[2]) Vgl. L. 11 Cod. de contrah. empt. 4. 38: Invitum comparare vel distrahere postulantis causam justam non continet desiderium (Diocletian. et Maximian), L. 13 cod., vgl auch L. 14 cod., L. 16 Cod. de jure delib. 6. 50, L. 71 Dig de contrah. empt 18.1, L. 9 Dig. de actione rer. amot. 25.2, L. 5 Cod. de obl et act 4.10, L. 70 Dig. de R. V. 6.1, L. 6 Dig. de pign. act. 13.7, L 9 § 1 Dig de publ. et vectig 39 4, L. 11 Cod. de locat et cond. 4 65 u. f. w P. Schultze (resp Schwanberger), De venditione necessaria, c. 2 (1696); C. W. Strecker (resp. Koenig), De venditione necessaria (1729); Göppert in der Krit. Vierteljahrsschr. 1872 Bd. 14 S. 408 ff.; Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht 2 Th. 1. Abth. § 187 ff., 1884.

[3]) Vgl. hierüber Bekker System des heut. Pandektenrechts Bd. 2 (1889) § 105.

sie praktisch durchführbar. Solange der Verpflichtete mit dem Dritten noch in Vertragsunterhandlungen steht, solange auf beiden Seiten nur unverbindliche Erklärungen vorliegen, ermangelt noch die erforderliche Gewißheit, wie die Bedingungen lauten, denen sich der Berechtigte unterwerfen muß, wenn er Vertragsschluß mit sich beansprucht. Erst der Abschluß des Vertrages mit dem Dritten stellt diese Gewißheit her.

Muß aber der Vertrag mit dem Dritten zunächst abgeschlossen sein, d. h. kann der Berechtigte bis dahin die Aufforderung, sich über die Geltendmachung seines Rechtes zu erklären, als verfrüht zurückweisen, so besteht das Wesen des jus protimiseos nicht in einem Vorzuge in contrahendo, nicht in einem „Vorhandlassen" oder einem „vorzugsweisen Vertragsschlusse", wie manche Schriftsteller es bezeichnet haben, sondern im Gegentheile: in einem Rechte auf Vertragsschluß nach Abschluß eines Vertrages mit einem Dritten.

Und doch ist die Bezeichnung jus protimiseos, Vorzugsrecht, nicht ganz unzutreffend. Der Verpflichtete steht zwei von ihm abgeschlossenen Verträgen gegenüber, dem zuerst abgeschlossenen Vertrage mit einem Dritten und dem sodann auf Verlangen des Berechtigten mit diesem abgeschlossenen Vertrage gleichen Inhalts. In dieser Collision der Verpflichtungen ist er gehalten, den mit dem Berechtigten abgeschlossenen Vertrag vorzugsweise zu erfüllen: trotz der Priorität des Vertrages mit dem Dritten steht dem Berechtigten Vorzugsrecht zu, Vorzug in solutione. Damit ist zunächst nur eine obligatorische Berechtigung gemeint; ob der Berechtigte seinen Vorzug in der Erfüllung des mit ihm abgeschlossenen Vertrages auch gegen den Willen des Verpflichteten durchzusetzen vermag, hängt von der Art des jus protimiseos ab. Ist es dinglich, so beansprucht es schlechthin Vorzug, auch Dritten gegenüber; ist es persönlich, so finden die für Forderungsrechte geltenden Grundsätze auf es Anwendung.

Das jus protimiseos gewährt Anspruch auf Vertragsschluß, jus ad contrahendum[4]). Es liegt nicht bereits der Vertrag vor, mit der Bedingung, daß seine Rechtswirkungen beim Eintritt eines gewissen Umstandes — der Thatsache, daß der Verpflichtete mit einem Dritten einen Vertrag schließen sollte — existent werden sollen[5]). Zwar können die Parteien eine solche Vereinbarung getroffen haben[6]), allein dann liegt eben ein bedingter Vertrag vor, nicht ein Fall des jus protimiseos.

[4]) Das Nähere s. unten § 10 Z. 1.
[5]) Harpprecht, Responsa Tubing. vol. 6 (1708) resp. 95 n. 42 sqq.
[6]) Madihn l. c. § 7 pag. 21 sq.

Das jus protimiseos gewährt einen Anspruch auf Vertragsschluß nicht schlechthin, sondern nur unter einer Voraussetzung, der Voraussetzung nämlich, daß der Verpflichtete einen Vertrag mit einem Dritten schließen würde[7]). Es liegt darin auch kein bedingter Anspruch auf Vertragsschluß: das pactum protimiseos ist kein bedingtes pactum de contrahendo, insbesondere kein bedingtes pactum de vendendo[8]), oder doch kein solches im Rechtssinne, denn der Umstand, daß ein Vertrag mit einem Dritten abgeschlossen würde, ist hier begriffsnothwendig, nicht bloße Nebenbestimmung.

Voraussetzung für die Geltendmachung des Anspruches auf Vertragsschluß ist der Abschluß eines Vertrages bestimmter Art mit einem Dritten[9]). Es hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab, für welche Fälle des Vertragsschlusses mit einem Dritten das jus protimiseos begründet sein soll. Der Hauptfall ist der des Abschlusses eines Verkaufsvertrages mit einem Dritten, sog. Vorkaufsrecht i. e. S.; daneben bestehen Vorpachtrecht, Vorverpfändungsrecht u. s. w. Bei jedem dieser Rechte kann sich dann die Auslegungsfrage aufwerfen, ob es nur für den seinem Namen entsprechenden Fall, oder auch für andere, gleichartige Fälle eingeräumt sei, beispielsweise das Vorkaufsrecht auch für einen Tausch, eine Hingabe an Zahlungsstatt u. s. w.[10]).

Das jus protimiseos gewährt Anspruch auf Abschluß eines Vertrages gleichen Inhaltes, wie der mit dem Dritten geschlossene Vertrag solchen hatte. Der Berechtigte kann Vertragsschluß also nur verlangen unter denselben Bedingungen, wie solche mit dem Dritten vereinbart waren. Gerade dadurch erhält der Anspruch die erforderliche Bestimmtheit.

Es gewährt das jus protimiseos endlich nicht nur Anspruch auf Vertragsschluß, d. h. auf Mitwirkung zum Vertrage, sondern auch darauf, daß der Verpflichtete die Initiative zur Entstehung des Vertrages ergreife, d. h. daß er den Vertragsschluß dem Berechtigten anbiete[11]).

[7]) Der Vertrag mit dem Dritten kann mithin zur Zeit der Begründung des jus protimiseos noch nicht geschlossen sein. Wer beispielsweise gekauft oder verkauft hat und nun unter denselben Bedingungen einen Verkauf mit einem Anderen abschließt, nimmt eine gewöhnliche venditio vor. Abw. Böhmer, auserlesene Rechtsfälle Bd. 1 Nr. 32 S 250 ff. (1799).

[8]) So Goldschmidt, Ztschr. für Handelsrecht Bd. 1 S. 273, Renaud a. a. O. S. 398, Treitschke-Wengler a. a O. S. 211. Auch die französische Jurisprudenz nimmt eine promesse de vente conditionelle an, was zu neuen Streitfragen führte, vgl. Laurent, Princ. de droit civil t. 24 No. 17.

[9]) S. unten § 5.

[10]) S. unten § 7.

[11]) S. unten § 10 Z. 3.

Dem jus protimiseos sind mithin folgende Merkmale eigen:

es gewährt ein jus ad contrahendum;

der mit einem Dritten geschlossene Vertrag bestimmt den Inhalt des abzuschließenden Vertrages; sein Abschluß ist daher Voraussetzung für die Geltendmachung des Anspruches des Berechtigten;

der Verpflichtete ist gehalten Offerent zu werden;

er ist gehalten den mit dem Berechtigten abgeschlossenen Vertrag vorzugsweise zu erfüllen.

Hiernach ist das jus protimiseos das Recht, kraft dessen der Verpflichtete gehalten ist, sobald er mit einem Dritten einen Vertrag einer bestimmten Gattung abgeschlossen hat, dem Berechtigten den Abschluß eines Vertrages gleichen Inhaltes (also mit den mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen) anzubieten, auf Verlangen des Berechtigten einen solchen Vertrag abzuschließen, und diesen Vertrag vorzugsweise zu erfüllen. —

Im Folgenden betrachten wir zunächst die Entstehungsgründe (§ 2 bis 4), den Gegenstand (§ 5) und die Wirkungen (§ 6) des jus protimiseos im Allgemeinen; in den §§ 7 ff. wenden wir uns dann dem eigentlichen Vorkaufsrechte zu, dessen praktische Bedeutung die anderen Arten des jus protimiseos weit überragt.

§ 2.

Entstehung durch Gesetz.

Die Justinianische Compilation kennt nur zwei Fälle des jus protimiseos; es sind dies die beiden einzigen gesetzlichen Vorkaufsrechte, nämlich das des Eigenthümers des emphyteutischen Grundstückes, und das der Gläubiger und Verwandten im Konkurse. Das letztgenannte Vorkaufsrecht weicht jedoch von dem Begriffe in mehreren Beziehungen ab.

1. Dem Eigenthümer des emphyteutischen Grundstückes steht im Falle der Veräußerung des letzteren durch den Emphyteuta ein Vorkaufsrecht zu.

L. 3 Cod. de jure emphyt. 4. 66 (Imp. Justinianus):
. . . . . disponimus attestationem domino transmitti et

praedicere, quantum pretium ab alio re vera accipit. Et si quidem dominus hoc dare maluerit et tantam praestare quantitatem, quantam ipsa veritate emphyteuta ab alio accipere potest, ipsum dominum omnimodo haec comparare: Sin autem duorum mensium spatium fuerit emensum et dominus hoc facere noluerit, licentia emphyteutae detur, ubi voluerit, et sine consensu domini suas meliorationes[1]) vendere . . . .

Der Emphyteuta[2]) hat hiernach dem Eigenthümer in glaubhafter Weise Kenntniß[3]) von einem von ihm vorgenommenen Verkaufe zu geben, und zwar vor der Vollziehung durch Uebergabe[4]), dabei auch die Verkaufsbedingungen mitzutheilen und längstens während zweier Monate[5]) die Erklärung des Eigenthümers zu erwarten, der, wenn er die mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen auch für sich gelten lassen will, verlangen kann, daß der Kauf mit ihm abgeschlossen werde.

Will der Eigenthümer von diesem Rechte keinen Gebrauch machen, so steht dem Emphyteuta die Befugniß zu, das Grundstück dem Dritten zu übertragen, also den mit diesem abgeschlossenen Kaufvertrag zu vollziehen[6]).

Es ist streitig[7]), ob hierin ein gesetzliches Vorkaufsrecht zu erblicken sei, oder nicht vielmehr eine gesetzliche Modalität des emphyteutischen Rechtes, deren Nichtbeachtung den Verlust desselben nach sich ziehe. Allein der herrschenden Meinung, die dem Eigenthümer des emphyteutischen Grundstückes ein gesetzliches Vorkaufs-

---

[1]) Vgl. hierzu auch Bechmann Kauf Th. 2 Abth. 1 § 142 S. 125 Anm. 4.

[2]) Miteigenthümern des emphyteutischen Grundstückes steht gegen einander ein Vorkaufsrecht nicht zu. Leyser Med. ad Pand. P. 3 spec. 196 med. 1. — Uebrigens kommt die Bestimmung der L. 3 cit. nur bei eigentlichen Emphyteusen und nicht bei verwandten deutschrechtlichen Rechtsinstituten zur Anwendung, vgl. Carpzov., Jurisprud. forens. 1684 P. 2 const. 31 def. 7, Hommel, Rhaps. quaest. 1782 Vol. 1 obs. 185 pag. 276; abw. Berger, Oecon. juris Lib. 3 tit. 5 § 10 not. 1. Für Erbzinsgüter vgl. Preuß. Landr. I. 18 § 710 fg. (dazu Entsch. O.-Trib. Berlin 5/3 1860 Bd. 42 S. 1, Entsch. Reichsg 25/4 1881 Bd. 5 S 223).

[3]) S unten § 10 Z. 3.

[4]) Vgl. Glück Bd. 8 S. 452

[5]) Wie die sonstigen gesetzlichen Fristen des Römischen Rechtes zu je dreißig Tagen gerechnet, v. Savigny System des Röm. R. Bd. 4 S. 340 fg, vgl. auch Entsch Reichsg Bd 4 S. 305 fg.

[6]) vorausgesetzt, daß der Käufer idonea persona ist. Daß der Emphyteuta in diesem Falle 2 % des Werthes als laudemium zu zahlen hat — vgl. hierzu auch die treffenden Bemerkungen Iherings, Geist des Röm. R. 3. Aufl. Th. 3 Abth. 1 S. 254 — ist der Vollständigkeit wegen zu erwähnen; mit dem Vorkaufsrechte hängt diese Bestimmung nicht zusammen.

[7]) Göppert in der Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 14 S. 409.

recht beilegt[8]), steht der Umstand nicht entgegen, daß die Erfüllung jener Verpflichtungen des Emphyteuta noch besonders durch die Strafe des Verlustes der Emphyteuse gesichert ist[9]), zumal die genannte Strafe auch bereits im voraus durch Vereinbarung ausgeschlossen werden kann[10]), so daß nur der obligatorische Anspruch des Eigenthümers des emphyteutischen Grundstückes übrig bleibt.

Macht freilich der Eigenthümer gegen den Emphyteuta die Strafe der Caduzität geltend und erhebt er die Vindikation gegen den Erwerber, so ist dies nicht Ausfluß seines Vorkaufsrechtes, sondern besonderer für die Emphyteuse geltender Bestimmungen[11]).

Nicht nur bei eigentlichen Verkäufen[12]), sondern bei allen entgeltlichen Veräußerungen des emphyteutischen Grundstückes findet das Vorkaufsrecht statt, denn die Gesetzesstelle spricht in der Einleitung allgemein von alienare vel jus emphyteuticum in alium transferre, so daß der in der dispositio legis hervorgehobene Fall des Verkaufes nur als der regelmäßig vorkommende angesehen werden kann[13]). Demgemäß fällt es bei unentgeltlichen Veräußerungen, insbesondere bei Schenkungen[14]), weg, und ebenso bei uneigentlichen Veräußerungen, insbesondere bei Verpfändungen[15]), selbstverständlich auch bei Verpachtungen[16]). Daß es nur dann stattfindet, wenn der emphyteutische Vertrag nichts anderes bestimmt, ist zu allem Ueberflusse in der Gesetzesstelle besonders hervor-

---

[8]) Vgl. u. A. Arndts in Weiskes Rechtslex. Bd. 3 S. 864, Schmid Handb. des gem. bürgerl. Rechts 1847 Bd. 2 S. 18.

[9]) L 3 Cod. cit. i. f; C. 4 X de loc. 3. 18

[10]) Vgl. L. 3 Cod. cit, Glossa ad L. 2 Cod. h. t. (4. 66), Arndts a. a. O. S. 883 Anm. 166.

[11]) Madihn l. c. § 8 pag. 25, Glück Bd. 16 S. 173 fg., Brueckner l. c. pag. 14.

[12]) Darauf beschränkten das Vorkaufsrecht u. A. Donellus, Comment. juris civ. (ed. Bucher, Tom 5) Lib. 9 c. 14 § 16 sqq, Vinnius, Select. jur. quaest. 1653 Lib. 2 c. 2, Leyser, Med. ad. Pand. P. 2 spec. 105 med. 3, Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 1796 Bd. 2 Med. 58, Glück Bd. 8 S. 448 fg, Arndts in Weiskes Rechtslex. Bd. 3 S. 865 Anm 90.

[13]) Bachov. Notae et animadvers. ad. disput. Treutleri 1688 Vol. 1 disp. 29 § 13, Madihn l. c. § 4 pag. 11, Sintenis Prakt. gem. Civilr. Bd. 1 § 55 Anm. 22, Holzschuher Theorie und Casuistik des gem. R. Bd. 2 § 122 Z. 2 Anm., Dernburg Pand. Bd. 1 § 260 Z. 3 — Ob beim Tausche: s. unten § 7 Z. 2.

[14]) Donellus l. c. § 16, Voet Comment. ad Pand. 1777 Lib. 6 tit. 3 § 25, Arndts in Weiskes Rechtslex. Bd. 3 S. 864

[15]) Donellus l. c. § 20, Bachov. Tract. de pignor. 1627 L. 2 c. 2 n. 5, Voet l. c. § 24, Lauterbach, Colleg. Pand. theor. pract. 1784 Lib. 6 tit. 3 § 17, Dernburg Pfandrecht 1860 Bd 1 S. 218 Anm. 1.

[16]) Vgl. Moors l. c. § 13. Abw. Carpzov. Decis. Saxonicae P. 2 (1652) dec. 138 n. 4 sq. und die daselbst Citirten.

gehoben (si quidem emphyteuticum instrumentum super hoc casu aliquas pactiones habeat, eas observari: sin autem nullo modo hujusmodi pactio posita est vel forte instrumentum emphyteuseos perditum est . . . .[17]); ob es bei Zwangsverſteigerungen in Wegfall komme, iſt unten (§ 7 Z. 7) zu unterſuchen.

2. Ueber das Vorkaufsrecht der Gläubiger und Verwandten[18]) beſtimmt die L. 16 Dig. de reb. auctor. jud. possid. 42. 5:

> Gaius libro XXIV ad edictum provinciale. Cum bona veneunt debitoris, in comparatione extranei et ejus, qui creditor cognatusve sit, potior habetur creditor cognatusve, magis tamen creditor quam cognatus, et inter creditores potior is, cui major pecunia debebitur.

Wenn die Sachen eines Gemeinſchuldners zur Verſteigerung gelangen, ſo ſollen beim Zuſammentreffen von Geboten der Gläubiger, der Verwandten oder dritter Perſonen, die Gläubiger den Zuſchlag erhalten[19]). Unter mehreren Gläubigern ſoll dem Gebote desjenigen der Vorzug ertheilt werden, der die größte Forderung hat[20]). Wenn unter mehreren Gläubigern mit gleichen Forderungsbeträgen ſich ein Verwandter (cognatus[21]) befindet, ſo kann, zwar nicht nach den Worten, wohl aber nach dem Zwecke der Geſetzesbeſtimmung, dieſer den Zuſchlag für ſich in Anſpruch nehmen[22]), während aus dem gleichen Grunde beim Zuſammentreffen mehrerer Verwandter die Nähe der Verwandtſchaft mit dem Gemeinſchuldner maßgebend ſein dürfte[23]).

[17]) Der Verluſt der Vertragsurkunde kann, da die Schriftform nur bei der Begründung kirchlicher Emphyteuſen vorgeſchrieben iſt (Nov. 120 c. 6 § 2, a. M. Schmid a. a. O. § 21 Anm. 6) und ſelbſt hier der Fortbeſtand der Urkunde nicht Bedingung für die fernere Gültigkeit des Rechtsgeſchäftes ſein kann, nur aus praktiſchen Gründen, wegen der Beweisfrage, in dieſem Zuſammenhange erwähnt ſein.

[18]) Vgl. Klenze, die Cognaten und Affinen, in der Zeitſchrift für geſchichtl. Rechtswiſſ. Bd. 6 S. 73 fg.

[19]) Die Gloſſe und die ihr folgenden Schriftſteller verſtanden die Worte creditor cognatusve in conjunctivem, nicht in disjunctivem Sinne. Vgl dagegen Bas. Lib. 9 tit. 7 c. 16 (ed. Heimbach Tom. 1 pag. 471) und Faber Conject. juris civ. 1691 Lib. 5 conj. 15.

[20]) L. 16 cit., L. 8 Dig. de pact. 2. 14 (Papinian).

[21]) Daß die Agnaten in gleicher Weiſe bevorzugt worden ſeien, wird nirgends erwähnt, vgl. Klenze a. a. O. S. 11.

[22]) Bachov. ad Treutl. Vol. 2 disp. 24 § 6, Salgado de Somoza Labyrinthus creditorum 1663 P. 2 c. 2 n. 14, Stryk Usus mod. Pand. 1745 Lib. 18 tit. 1 § 20. Abw. Faber Conject. jur. civ. Lib. 5 conj. 15.

[23]) Klenze a. a. O. S. 74.

Vorausgesetzt wird dabei überall, daß die Bietenden zahlungsfähig sind, da sonst ihre Gebote außer Betracht bleiben[24]), und ferner, daß sie gleich hohe Gebote eingelegt haben[25]), denn sonst erhält das höchste Gebot den Vorzug.

Eine nur „reglementarische" Vorschrift für den magister bonorum, wie Göppert meint[26]), läßt sich um so weniger in jener Gesetzbestimmung erblicken, als durch sie berechtigte Interessen der Gläubiger und der, wenn auch vielleicht theilweise nur auf nichtvermögensrechtlichem Gebiete in Mitleidenschaft gezogenen Verwandten zu schützen waren. Andererseits ist aber zuzugeben, daß dieses Vorkaufsrecht von den übrigen mehrfach abweicht[27]). Vor allem ist mit dem zu Bevorzugenden nicht ein Vertrag unter den mit einem Dritten vereinbarten Bedingungen abzuschließen, vielmehr muß der Berechtigte selbst mitbieten und zwar denselben Preis, sowie die sonstigen Bedingungen, die der Dritte bietet. Das Gebot des Berechtigten kann auch dem Gebote des Dritten vorausgehen. Der Verpflichtete, hier der magister bonorum, ist, eben weil der Berechtigte mitbieten muß, nicht Offerent, er braucht dem Berechtigten nicht den Abschluß eines Vertrages unter den mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen erst anzubieten, denn der Berechtigte ist selbst Offerent[28]).

---

[24]) L. 60 Dig. de pactis 2. 14: Papirius Justus libro VIII constitutionum. Imperator Antoninus Avidio Cassio rescripsit, si creditores parati sint partem ex bonis licet ab extraneo consequi, rationem habendum prius necessariarum personarum, si idoneae sint. — Cujac. Comment. ad varios Digestorum juris civilis titulos bemerkt zu dieser Stelle (ed. 1575 pag. 67): Si creditores parati sint partem ex bonis consequi etiam ab extraneo bonorum emtore, idque libellis propositis exposuerint, in emtione bonorum extraneo praefertur cognatus, si solvendo sit. De eodem jure προτιμήσεως tractans Gajus in L. cum bona (Dig. 42. 5) cognatum extraneo potiorem esse ait, scilicet εἰς τὸ ἀγοράσαι, ut Harmenopulos addidit. Zustimmend Sintenis in der 2 Aufl. der deutschen Uebersetzung des Corpus jur. civ. (ad h. l., S. 360 Anm 105), während Andere, auch die Scholien zu den Basiliken Lib. 11 tit. 1 c. 59, die Stelle auf den Verkauf einer überschuldeten Erbschaft, für die sich kein Erbe fand, bezogen Die gesuchten Auslegungen der Glosse, des Bartolus, Zasius (Opp. 1590 Tom. 1 pag. 270) beruhten auf der Lesart pacti sint.

[25]) In comparatione, d. h. in collatione (Brissonius de Verb. Signif s. h. v). Dem Sinne nach stimmt Azo damit überein: in parificatione.

[26]) Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 14 S. 408 Anm. 3. Auch Keller Pand. § 327 Anm. 2 will, ohne Angabe von Gründen, in L. 16 cit. kein Vorkaufsrecht erblicken; ebenso Böcking, Grundriß a. a. O., der nur bei der Emphyteuse ein gesetzliches Vorkaufsrecht anerkennt.

[27]) Bechmann (Kauf Th. 2 Abth. 1 § 188 Z. 2 und Anm. dazu) nennt es ein unvollkommenes Vorkaufsrecht.

[28]) Ein besonderes Verlangen des Berechtigten, daß ihm der Vorzug ertheilt werde, ist nicht erforderlich; in der Einlegung des Gebotes ist das Verlangen,

Gleichwohl gehört der in der Gesetzesstelle besprochene Fall hierher, weil mit der obligatio ad contrahendum der Anspruch des Berechtigten verknüpft ist, daß sein, wenn auch später eingelegtes Gebot vorzugsweise Berücksichtigung finde; ja wenn, wie dies heutzutage die Regel bildet, der Versteigernde durch jedes Gebot gebunden sein will, sind durch die Einlegung der Gebote des Gläubigers bezw. Verwandten und des Dritten zwei Verträge zu Stande gekommen, von denen kraft Gesetzesvorschrift der mit dem Gläubiger bezw. Verwandten des Gemeinschuldners geschlossene vorzugsweise erfüllt werden muß.

Die Lex 16 cit. bezieht sich nur auf den Fall des Konkurses, nicht auf sonstige Fälle der Zwangs- oder gar der freiwilligen Versteigerung[29]); sie hat weder mit einem privilegium exigendi[30]), noch mit einem Einlösungsrechte des Schuldners[31]) etwas zu thun, auch gewährt sie in keinem Falle einen Anspruch gegen den dritten Steigerer, selbst wenn sie, etwa wegen Illiquidität des Anspruches oder aus sonstigem Grunde, bei der Adjudikation außer Betracht geblieben wäre[32]).

Eben weil sie sich auf den Spezialfall der Versteigerung im Konkurse (venditio bonorum) beschränkt, ist sie durch die unten (§ 3 Z. 1) zu besprechende Lex Dudum (L. 14 Cod. de contrah. empt. 4. 38) nicht berührt worden[33]); man hat sie jedoch schon in früheren Zeiten oft unbeachtet gelassen[34]), während heutzutage, nach dem Wegfalle der venditio bonorum und beim Schweigen der neueren Gesetze über ein derartiges Vorkaufsrecht[35]), ihre

den Zuschlag zu erhalten, bereits ausgesprochen. Abw. Codex Fabrianus ed. 1740 Lib. 8 tit. 17 def. 32 (si in continenti postulet se praeferri, non etiam si ex intervallo).

[29]) Abw. viele ältere Schriftsteller, auch — nach Walch a. a. O. S. 92 — das Ostfries. Recht Lib. 2 cap. 155; richtig Faber, Conject. jur. civ. Lib. 5 conj. 15, Stryk Usus mod. Pand. Lib. 18 tit. 1 § 20. Leyser, Med. ad Pand. P. 3 spec. 196 med. 6, P. 7 spec. 477 med. 5. Glück Bd. 16 S. 175 Anm. 95 Mühlenbruch Pand. Bd. 1 § 171, Thibaut a. a. O. Anm. m. Undeutlich Unterholzner a. a. O. § 438 und Schilling a. a. O. Zusatz zu § 334: „bei dem öffentlichen Verkaufe des Vermögens eines Schuldners."

[30]) So manche der älteren Schriftsteller.

[31]) Walch a. a. O. S. 12 (§ 8)

[32]) Vgl. auch Leyser, Med. ad. Pand. P. 7 spec. 477 Med. 3 und 4.

[33]) J. Gothofredus ad L. 6 Cod. Theod. de contrah empt. 3. 1. Glück S. 174 fg., insbes. Anm. 95, Schweppe a. a. O. Abw. u. A. Claproth Rechtswiss. von Verträgen und Contracten 1797 Th. 2 § 286 S. 900 Anm. g, Malblanc Principia jur. Rom. 1802 P. 2 § 543.

[34]) Jo. d'Avezan. Tractatus contractuum in Meermanni Thesaur. jur. civ. 1644 T. 4 pag. 81. Ebenso die Sächs. Praxis, vergl. Mencken, Syst. jur. civ. (ed. Schoen 1754) Lib. 18 tit. 1 § 40.

[35]) Vgl. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten Bd. 22 Nr. 230 (Jena 1847). — Grefe, Hannovers Recht

Anwendbarkeit jedenfalls auf die Versteigerung der zur Konkursmasse gehörigen Liegenschaften beschränkt bleiben müßte, soweit die Partikulargesetzgebung sie nicht auch hier verdrängt hat.

§ 3.

Fortsetzung.

Die Rechtslehrer, insbesondere der älteren Zeit, haben eine Anzahl anderer Fälle als gesetzliche Vorkaufsrechte bezeichnet, zu deren Betrachtung wir uns im Folgenden wenden.

1. Die berühmte Lex Dudum[1]), L. 6 Cod. Theod. de contrahenda emptione 3. 1, der Kaiser Gratian, Valentinian und Theodosius von 391 n. Chr. bestimmte:

> Dudum proximis consortibusque concessum erat, ut extraneos ab emptione removerent neque homines suo arbitratu vendenda distraherent. Sed quia gravis haec videtur injuria, quae inani honestatis colore velatur, ut homines de rebus suis facere aliquid cogantur inviti, superiori lege cassata unusquisque suo arbitratu quaerere vel probare possit emptorem.

Das frühere Recht gestattete sonach den Verwandten[2]) eines Verkäufers und den mit ihm in einer Gemeinschaft befindlichen Personen (Miteigenthümern, Miterben u. s. w.), einen Dritten, der nicht in gleichem Verhältnisse zum Verkäufer stand, am Kaufe zu hindern, oder, wenn der Kauf bereits durch Uebergabe vollzogen war, die verkaufte Sache gegen Zahlung des Preises an sich zu ziehen. Darin lag jedoch kein Vorkaufsrecht,

---

1861 Bd. 2 S 414, erblickt in dem in dem Calenberger Edikt vom 3./1. 1699 erwähnten retractus ex jure crediti und in dem in der Osnabrückischen Verordnung vom 18./7. 1743 erwähnten Näherrecht der Gläubiger Bestätigungen der Vorschrift der L. 16 Dig. cit. — Die Konkursordnung und die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich kennen jedenfalls eine ähnliche Vorschrift nicht, so daß nur fraglich bleibt, ob die L. 16 cit. noch für die von den Landesgesetzen beherrschte Zwangsvollstreckung in die zur Konkursmasse gehörigen Liegenschaften gilt (vgl. C. P. O. § 757). Die Partikularrechte haben zumeist die Vorschrift aufgehoben.

[1]) M. Mantuae Benavidii Comment. ad Legem Dudum Cod. de contrah. emt. Francof. 1588 (mir nicht zugänglich gewesen).

[2]) Unter proximi können nur die Verwandten, nicht die Nachbarn verstanden werden. Abw. Madihn l. c. § 5 Nr. III.

sondern eine dem deutschrechtlichen Retrakte verwandte Befugniß,[3]) von der ungewiß ist, ob sie durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht eingeführt war, und zu welcher Zeit. Einen Anhaltspunkt scheint die L. 3 Cod. de communium rerum alienatione 4. 52[4]) zu bieten, in der die Kaiser Diocletian und Maximian (293—305 n. Chr.) die Auffassung, daß ein Miteigenthümer seinen Antheil nur an seinen Genossen verkaufen könne, als unrichtig zurückgewiesen hatten. Daraus wurde die Folgerung gezogen[5]), daß jenes alte Recht, von dem die Lex Dudum berichtet, zu Diocletians und Maximians Zeiten noch nicht bestanden haben könne[6]), daß es vielmehr erst durch Constantin den Großen (323—337 n. Chr.) als Nachbildung des Mosaischen Rechtes[7]) eingeführt worden sei. Allein die Verordnung Diocletians und Maximians bezog sich, ihrem Wortlaute nach, nur auf Miteigenthümer, nicht auch auf andere consortes, oder gar auf Cognaten, so daß mindestens das sogenannte Vorkaufsrecht der Verwandten damals bereits bestanden haben könnte. Dafür spricht denn auch das an sich allerdings unbestimmte Wort dudum[8]), da angenommen werden kann, die Kaiser Gratian, Valentinian und Theodosius hätten sich genauer ausgedrückt, wenn die Vorschrift nicht einem längst vergangenen Zeitalter angehört hätte. Auffällig bleibt dann allerdings, daß sich nirgends eine weitere Andeutung über dieses sogenannte Vorkaufsrecht findet, so daß die Vermuthung begründet erscheint, es habe auf einem alten partikulären Gewohnheitsrechte beruht[9]).

[3]) „ab emptione removerent". Vgl. auch Donellus Comment. in Cod. (Just.), ad L. 14 Cod. de contr. empt. 4. 38: submotis emtoribus rem venditam ad se avocare soluto pretio constituto.

[4]) „Falso tibi persuasum est communis praedii portionem pro indiviso, antequam communi dividundo judicium dictetur, tantum socio, non etiam extraneo posse distrahi."

[5]) J. Gothofredus ad L. 6 Cod. Theod. cit., Madihn l. c. § 5 Nr. III pag. 14, Westphal Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf- u. s. w. Kontrakt 1791 § 29, Glück Bd. 16 S. 175.

[6]) Umgekehrt scheint Brueckner l. c. pag. 5 anzunehmen, daß das alte Recht schon zu Diocletians und Maximians Zeiten aufgehoben gewesen sei. Dagegen spricht aber daß die Kaiser Gratian, Valentinian und Theodosius besonders hervorheben superiori lege cassata, so daß anzunehmen ist, daß sie selbst die Aufhebung angeordnet haben.

[7]) Vgl. Walch a. a. O. S. 2.

[8]) Brissonius de Verb. Signific. s. h. v.: Dudum incertum limitem habet, ac proinde vel paucos retro annos denotat, vel plures.

[9]) Walch a. a. O. S. 8 führt es auf eine nicht immer genau beobachtete Observanz zurück. Aus der Inscription (Imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius A. A. A. Flaviano P. P. Illyrici), worauf Bechmann (Kauf Th. 2

Justinian hat die Lex Dudum aus dem Theodosischen Gesetzbuche unverändert in den Codex (L. 14 Cod. de contrah. empt. 4. 38) aber mit dem Zusatze übernommen: nisi lex specialiter quasdam personas hoc facere prohibuerit. Dadurch sind die oben erwähnten Fälle des gesetzlichen Vorkaufsrechtes, und insbesondere das der Gläubiger und Verwandten bei der venditio bonorum, jedenfalls aufrecht erhalten geblieben[10]).

2. Eben diesen Vorbehalt haben ältere Schriftsteller auch auf die L. un. Cod. non licere metrocomiae habitatoribus loca sua ad extraneum transferre 11. 56 (55), aus dem Jahre 468 n. Chr., bezogen:

> Impp. Leo et Anthemius A. A. Nicostrato P. P. In illis, quae metrocomiae communi vocabulo nuncupantur, hoc adiciendum necessario nostra putavit humanitas, ut nulli extraneo illic quoquo modo possidendi licentia tribuatur: sed si quis ex isdem vicanis loca sui juris alienare voluerit, non licere ei nisi ad habitatorem adscriptum eidem metrocomiae per qualemcumque contractum terrarum suarum dominium possessionemque transferre: sciente persona extranea, quod, si contra vetitum se huic negotio immiscere vel illic possidere temptaverit, quicumque contractus initus fuerit, carebit effectu et contractu soluto, si quid praestitum est, hoc tantum reddetur.

Allein die Gesetzesvorschrift[11]) gehört überhaupt nicht hierher; auch nicht ein einziges zum Begriffe des jus protimiseos gehöriges Erforderniß ist darin gegeben. Sie verbietet Fremden den Besitzerwerb und folgegemäß[12]) den Insassen der Metrokomie, d. h. eines aus mehreren Dörfern bestehenden Bezirks, an dessen Spitze ein Hauptdorf stand[13]), die Veräußerung von Liegenschaften. Das

Abth. 1 § 188 Z. 2 Anm. 2, S. 267) besonders hinweist, dürfte jedoch ein sicherer Anhaltspunkt nicht gewonnen werden können.

[10]) Ueber spätere Verordnungen des Kaisers Romanus und Kaiser Friedrichs II. vgl. Cujac. Recit. in IV libros priores Cod. Just. 1658 ad h. tit. (Opp. Tom. 10 pag. 742), Glück Bd. 16 S. 176, auch oben § 1 Anm. 1.

[11]) Zoll (resp. Mueller) Diss. de jure metrocomiae 1715; Schröder, zur Lehre von den gesetzlichen Veräußerungsverboten 1875 S. 182 fg.

[12]) Schröder a. a. O. — Andererseits ist aber zu beachten, daß auch das Veräußerungsverbot in der Gesetzesstelle ausdrücklich ausgesprochen ist, so daß die Meinung Schröders, dem Veräußerer stehe eine Schadensersatzforderung zu, wenn er sich hinsichtlich der Eigenschaft des Erwerbers als eines Auswärtigen in einem entschuldbaren Irrthum befunden habe, nicht zu billigen sein dürfte (von dolus des Erwerbers natürlich abgesehen).

[13]) J. Gothofredus ad L. 6. Cod. Theod. de patrocin. vicor.: Metrocomia erat mater pagorum, seu caput inter omnes vicos, qui uni civitati

Verbot des Besitzerwerbes, und folglich der Veräußerung, erstreckt sich auch nicht nur auf Verträge, sondern auf alle Rechtsgeschäfte, auch solche von Todeswegen; die Uebertretung des Verbotes hat die Nichtigkeit zur Folge[14]), denn die Gesetzesvorschrift hat nur einen verneinenden Inhalt. Sie gewährt kein subjektives Recht; auch wenn kein anderer convicanus vorhanden wäre, der die Liegenschaften erwerben möchte oder könnte, besteht aus fiskalischen Gründen[15]) das Verbot. Die Gesetzesstelle enthält mithin nur eine Beschränkung des commercium, kein jus protimiseos[16]); überdies ist sie heutzutage unpraktisch[17]).

3. Manche Schriftsteller[18]) rechnen auch das Recht des ersten Käufers bei der addictio in diem zu den gesetzlichen Vorkaufsrechten, daß ihm nämlich der Vorzug gegeben werden müsse, wenn er die von einem anderen Kauflustigen gebotenen besseren Bedingungen selbst biete. Allein der erste Käufer hat nicht Anspruch auf Vertragsschluß zu den von einem Dritten gebotenen Bedingungen, sondern er muß diese überbieten, und erst wenn er dies gethan, steht ihm Anspruch auf Vertragsschluß zu[19]). Hiernach liegt kein

subjecti erant; haud aliter, quam metropolis mater civitatum ejusdem provinciae. — Abw. u. A. Zoll § 2, der nach Calvinus Lex. jurid. 1600 metrocomia von *μέτρον* und *κώμη* ableitet = villa mensa, worunter er Flecken und Kirchdörfer verstehen will.

14) carebit effectu; also keine bloße Anfechtbarkeit, etwa auf Klage eines convicanus.

15) Guido Pancirolus Thes. variar. lection. Lib. 2 c. 245: ne metrocomia hominibus deserta maneat et ne tributa retardentur (Heineccius Jurisprud. Rom. et Att. 1739 Tom. 2 pag. 1373).

16) Vgl. Walch a. a. O. S. 11, Glück Bd. 16 S. 179 Anm 4, Bechmann Kauf Th. 2 Abth. 1 S. 267 Anm. 2 zu § 188. — Abw. die bei Walch Genannten, auch Cujac. Recit. in Cod. h. tit. (Opp. Append. pag. 742) Westphal Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf- u. s. w. Kontrakt § 28, Glaproth Rechtswiss. von Verträgen und Contrakten Th. 2 § 286 S. 899. — Vgl. auch Moors l. c. § XV.

17) Die römischen Metrokomien sind unserer Staatsverfassung fremd. Abw. u. A. Zoll l. c. § 6 sqq., Cramer Observ. juris Tom. 3 (1763) obs. 1482 pag. 845. Abgesehen davon ist für Deutsche das Verbot des Grunderwerbes in anderen Bundesstaaten beseitigt durch Art. 18 der Bundesakte und Art. 3 der Bundes- bezw. Reichsverfassung.

18) Glück Bd. 16 S. 176, Koch a. a. O. § 242 Anm. 14, Schilling a. a. O. Zusatz zu § 344, Sintenis a. a. O. S. 643 Z. 3 Göppert in der Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 14 S. 408, Dernburg Pand. Bd. 2 § 95 Anm. 23, u. A.

19) L. 6—8 Dig. de in diem add. 18. 2. Vgl. Bechmann Kauf Th. 2, Abth. 1 § 251 S. 508 Anm 2. Damit stimmen auch die Basil. Lib. 19 tit. 2 § 6 (Heimbach Tom. 2 pag. 272) überein: *εἰ μὴ πλέον ὁ πρῶτος ὑπερβεβαιώσει.* Kayser a. a. O. nimmt um deßwillen kein Vorkaufsrecht an, weil der erste Käufer den besseren Bieter nicht überbieten müsse und weil seine Befugniß nur im Eintrittsrechte in den späteren Vertrag bestehe. Letztere Behauptung wider-

Vorkaufsrecht, ſondern ein anders gearteter Anſpruch auf Vertragsſchluß vor, ein auf Geſetz beruhendes jus ad contrahendum, auf das aber die dem Vorkaufsrechte eigenthümlichen Beſtimmungen keine Anwendung finden[20]).

4. In L. 4 Cod. de locatione praediorum civilium vel fiscalium II. 71 (70):

> Congruit aequitati, ut veteres possessores fundorum publicorum novis conductoribus praeferantur, si facta per alios augmenta suscipiant,

bezeichnen es die Kaiſer Arkadius und Honorius als der Billigkeit entſprechend, daß die ſeitherigen Pächter der fundi publici bei Neuverpachtungen zunächſt berückſichtigt werden ſollen, ſofern ſie nur mit ihrem Gebote nicht hinter denen anderer Pachtluſtiger zurückbleiben. Obgleich die frühere Praxis in dieſer Vorſchrift einen Fall des geſetzlichen Vorpachtrechtes erblickte[21]), deſſen Ausdehnung auch auf andere, als fiskaliſche Grundſtücke zuläſſig ſei[22]), und obgleich auch jetzt noch dieſe Vorſchrift als einziger in den Quellen vorkommender Fall eines Vorpachtrechtes überhaupt bezeichnet zu werden pflegt[23]), kann u. E. darin nur eine Anweiſung an die verpachtenden Beamten erblickt werden, die den

ſpricht den Quellen (vgl. insbeſondere L. 6 § 1 cit.); erſtere Behauptung würde, wenn ſie zutreffend wäre, gerade für ein Vorkaufsrecht ſprechen.

[20]) Keller Pand. § 324 Anm 6 nimmt ein uneigentliches Vorkaufsrecht an. — Ueber das angebliche Vorkaufsrecht des primus licitator in subhastatione vgl. Carpzov. Jurisprud. forens. P. 1 const. 32 def. 42, Titius Jus priv. 1722 Lib. 12 c. 11 § 15, Walch a. a. O. S. 91 zu Anm. 5, Glück Bd. 16 S. 177.

[21]) Vgl überhaupt Carpzov. Jurisprud. forens. P. 2 const. 31 def. 8, Berlich Conclus practic. 1651 P. 2 concl. 39 n. 80 sqq., Stryk Usus mod. Pand. Lib. 19 tit. 2 § 75 sq, Schilter Praxis jur. Rom. 1733 Exerc. 31 § 12 sq.; Rivinus Problema juris an et quatenus in locatione fundorum publicorum veteres possessores praeferendi sint, 1737, Leyser Med. ad Pand. P. 4 spec. 215 med. 4 sq.

[22]) Wernher Sel. observat. forens. 1722 Tom. 6 P. 10 obs. 403 pag. 729: moribus quoque hodiernis in foro recepta est, eademque etiam ad praedia civitatum applicari solet Derſelbe Tom. 6 P. 10 obs. 330 pag. 593: der frühere Pächter ſoll ſein Recht auch dann nicht verlieren, wenn er, trotz ſeiner Kenntniß von der Neuverpachtung ſich nicht meldet (dagegen Rivinus l. c. § 20), auch ſoll die Vorſchrift überhaupt auf bona aliaque jura civitatis atque universitatis, ſelten aber auf kirchliche Güter, Privatzehnten, oder auf Privatgrundſtücke angewandt worden ſein Vgl. auch Carpzov. l. c., Pufendorf, Observat. juris univ. 1744 Tom. 1 obs. 136, Rivinus l. c. § 11 sqq. Boehmer Jus eccles. 1756 L. 3 tit. 18 § 6.

[23]) Koch a. a. O. § 242 Anm. 15, Schilling a. a. O. § 307 Zuſatz, § 334 Zuſatz, Bluhme Encyclopaedie der in Deutſchland geltenden Rechte Abth. 2 § 313, Göppert in der Krit. Vierteljahrsſchr. Bd. 14 S. 409.

seitherigen Pächtern keinen privatrechtlichen Anspruch verleiht, da für die Verpachtung anderer Liegenschaften eine ähnliche Vorschrift nicht besteht[24]) und da die Billigkeit in der vorliegenden Gesetzesstelle besonders hervorgehoben wird[25]).

5 Von den meisten Romanisten wird die L. 1 Cod. de metallariis et metallis 11. 7 in diesem Zusammenhange erwähnt, in der die Kaiser Valentinian und Valens 365 n. Chr. bestimmten:

> Perpensa deliberatione duximus sanciendum, ut quicumque exercitium metallorum vellet adfluere, is labore proprio et sibi et rei publicae commoda compararet. Itaque si qui sponte confluxerint, eos laudabilitas tua octonos scripulos in balluca, quae Graece χρύσαμμος appellatur, cogat exsolvere. Quidquid autem amplius colligere potuerint, fisco potissimum distrahant, a quo competentia ex largitionibus nostris pretia suscipiant. [Vgl. auch L. 3 i. f. Cod. Theod. de metall. 10. 19].

Die herkömmliche Meinung, daß hier dem Fiskus ein Vorkaufsrecht an den in Privatbergwerken zu Tage geförderten Metallen[26]) eingeräumt sei[27]), übersieht, daß der Fiskus bei sämmtlichen zu Tage geförderten Metallen das Recht auf Ankauf haben sollte, nicht aber nur bei denjenigen Metallvorräthen, die der Bergwerksbesitzer verkaufen wollte. Sie übersieht ferner, daß von einem Vorkaufsrecht im Rechtssinne auch deshalb nicht die Rede sein kann, weil der Bergwerksbesitzer nicht den Preis beanspruchen konnte, den ein Dritter geboten hatte, sondern competentia pretia, also den Schätzungswerth[28]),

---

[24]) L. 32 Cod. de locat. et cond. 4. 65.

[25]) Die Rezeption der Gesetzesstelle bestreitet Schilter l. c. § 13 — Bei Verpachtung der Grundstücke des Fiskus steht Letzterem kein Vorpachtrecht zu: Mevius Decis. P. 1 dec. 208.

[26]) Unterholzner a. a. O. § 438 Anm. d will die Stelle nur auf solche Metalle beziehen, deren die Münze bedarf.

[27]) Vgl. außer den bei Moors l. c. § XI Nr. 3 Genannten, Mollenbeck De regali protimiseos metallicae jure, 1691; Schilter, Praxis juris Rom. Exerc. 30 § 137; Berger, Oeconomia juris Lib. 3 tit. 5 § 10 not. 5; v. Gaucrin Grundsätze des Teutschen Berg- und Salzrechts 1790, Abth. 1 § 164 ff.; Walch a. a. O. S. 91; Flade Römisches Bergrecht, 1805, 2. Abschn. S. 80 fg., Glück Bd. 16 S. 177; Hacke Commentar über das Bergrecht 1823. S. 59 ff.; Unterholzner a. a. O. § 438; Schilling a. a. O. Zusatz zu § 334; Thibaut a. a. O. Anm. n; Göppert in der Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 14 S. 408; Pechmann Kauf Th. 2 Abth. 1 § 188 Z. 3. — Vgl. auch Preuß L. R. II. 16 § 95 und Koch a. a. O. § 242 Anm. 12.

[28]) Vgl. u. a. L. 2 Cod. ut nemini liceat in coemptione 10. 27 (unglossirt).

insoweit nicht etwa im Verwaltungswege bestimmte Taxen eingeführt waren[29]). Es liegt vielmehr, wenn man nicht einen Expropriationsanspruch annehmen will, ein gesetzlicher Contrahirungsanspruch vor; dem Fiskus ist Vorzug nicht in der Erfüllung des mit ihm abgeschlossenen Vertrages gewährt, sondern Vorzug in Bezug auf den Abschluß selbst[30]). Ob dieser Anspruch ein rein persönlicher, oder ob er mit dinglicher Wirkung ausgestattet sein sollte[31]), ist nicht klar ersichtlich; jedenfalls aber war er auch hinsichtlich solcher Metalle nicht ausgeschlossen, die der Besitzer durch unentgeltliches Rechtsgeschäft veräußern wollte. Die dem Vorkaufsrechte eigenthümlichen Grundsätze vermögen daher auf dieses Rechtsverhältniß keine Anwendung zu finden, so daß die Frage, ob die Gesetzesvorschrift antiquirt sei[32]), hier auf sich beruhen kann[33]).

6. Den Mitrhedern wurde früher ein Vorkaufsrecht hinsichtlich der Schiffspart eines anderen Mitrheders zugestanden[34]). Das deutsche Handelsgesetzbuch, Art. 470, hat dieses gesetzliche Vorkaufsrecht aufgehoben, wodurch etwaige rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte keineswegs ausgeschlossen sind[35]).

Auf andere antiquirte deutschrechtliche sog. Vorkaufsrechte, meist öffentlich rechtlichen Inhaltes[36]), und auf das particularrechtlich früher vorgekommene sog. Vorkaufsrecht eines Gerichtsherrn an den vom Bauer zum Markte gebrachten Waaren u. s. w.[37]), ist hier nicht weiter einzugehen,

[29]) Vgl. L. 2 i. f. Cod. de cupressis 11. 78.

[30]) Potissimum distrahant. Der im Texte vertretenen Meinung scheint auch Brueckner l. c. pag. 5 gewesen zu sein. Vgl. auch Perez, Praelection. in Cod. ad h. l. (1720): prius fisco offerat.

[31]) Dingliche Wirkung nimmt Koch a. a. O. § 242 Anm 6 an.

[32]) Sintenis a. a. O. § 116 Anm. 237.

[33]) Die neueren Berggesetze, z. B. das Preußische vom 24./6 1865, enthalten eine ähnliche Vorschrift nicht – Vgl. jedoch auch Wagner, Corpus juris metallici recentissimi et antiquioris 1791, dessen Register s. v. Vorkaufsrecht eine große Anzahl ähnlicher Bestimmungen aus Bergordnungen nachweist.

[34]) Vgl. Preuß. L. R. II. 8 § 1437 ff. und die bei Wagner Handb. des Seerechts Bd. 1 (1884) S. 216 Anm. 6 erwähnten Gesetze u. s. w.

[35]) Wagner a. a. O.; Lewis Seerecht Bd. 1 S. 67.

[36]) Vgl. Cod. Maximil. Bavar. IV c. 5 § 18 Nr. 1; Gareis in Endemanns Handb. des Handelsrechts Bd. 2 § 268 Anm. 45, Dernburg Preuß. Privatr. Bd 2 § 43 zu Anm. 9, Stobbe Privatr. Bd. 3 § 168 Z. I, Beseler Privatr. Bd. 1 § 93 Anm. 1.

[37]) Tiraquellus De utroque retractu 1586 § 1 Gl. 18 n. 2; dagegen Mevius Decisiones 1664 P. 2 dec. 279, Carpzov. Jurisprud. forens. P. 2 c. 51 def. 10, Berger Oecon. juris Lib. 3 tit. 5 § 10 not. 3, Leyser Medit. ad Pand. P. 3 spec. 196 coroll. 2, Walch a. a. O. S. 91, Glück Bd. 16 S. 177, Curtius Hdbch. des im Königr. Sachsen geltenden Civilrechts 3. Aufl. 1858

zumal es sich dabei meist nur um Beschränkungen des Commercium in dem Sinne handelte, daß der Verpflichtete mit einem Anderen als dem Berechtigten zunächst überhaupt nicht contrahiren durfte. Der gemeinrechtliche Begriff des Vorkaufsrechtes ist daher auf solche Vorzugsrechte in contrahendo unanwendbar; ebenso unanwendbar ist er aber auch auf solche Rechtsverhältnisse, wo die Bevorzugung nicht kraft eines Rechtes des Betreffenden, sondern im Interesse eines Anderen vorgeschrieben ist[38]). Endlich ist auch das sog. „Vorkaufsrecht" der Zollbehörde an eingeführten Sachen, deren Werth unrichtig deklarirt war[39]), kein Vorkaufsrecht im Rechtssinne, auch keine venditio necessaria, sondern Verwirkung des Eigenthums gegen Anspruch auf Zahlung des deklarirten Werthes u. s. w.

§ 4.

Entstehung durch letzten Willen, richterliche Verfügung und Vertrag.

1. Wie im Testamente dem Erben oder Vermächtnißnehmer Verbindlichkeiten zu Gunsten eines Dritten auferlegt werden können, so kann auch diesem Dritten ein jus protimiseos eingeräumt werden, insbesondere ein Vorkaufsrecht hinsichtlich einer Sache des Erblassers, des Beschwerten, oder eines Dritten[1]). Das testamentarische jus protimiseos steht unter den allgemeinen Grundsätzen über die durch letzten Willen auferlegte Contrahirungspflicht[2]).

2. Durch richterliche Verfügung kann ein jus protimiseos nur im Theilungsverfahren begründet werden, indem der Theilungsrichter, beispielsweise bei Zuweisung einer gemeinschaftlichen Sache an einen der Betheiligten oder bei Veräußerung einer gemeinschaftlichen Sache an einen Dritten, ein Vorkaufsrecht zu Gunsten aller

---

Bd. 4 § 1418. — Ueber das öfter hierher gerechnete Stapelrecht vgl. die bei Hofacker Princ. jur. civ. Tom. 3 § 1962 not. e citirten Schriften.

[38]) L. 4 Cod. de fide et jure hastae fiscalis 10.3 (Glück Bd. 16 S. 177 Anm 2, Thibaut a. a. O.), Nov. 120 c. 6 § 2, u. s. w.

[39]) Vereinszollgesetz vom 1./7. 1869 § 93 (B. G. Bl. 1869 S. 341).

[1]) Carpzov. Jurisprud. forens. P. 2 const. 32 def. 9, Stryk De successione ab intestato Diss. 6 c. 1 § 13, Schoepf De retractu conventionali et testamentario 1758, Glück Bd. 16 S. 169, Brueckner l. c. pag. 6, Wening-Ingenheim a. a. O., Unterholzner a. a. O. § 438, Koch a. a. O. § 242, Schilling a. a. O. Zusatz zu § 334, Sintenis a. a. O. § 116 Anm. 236, Curtius Sächs. Civilr. Bd. 4 § 1417.

[2]) L. 49 § 9 Dig. de legat. I, L. 5 pr. Dig. de act. empt. 19. 1, L. 44 Dig. de solut 46. 3. Bechmann Kauf Th. 2 Abth. 1 § 189 S. 267 ff.

oder einzelner Betheiligten vorbehält, insoweit ihnen die Sache nicht zu Alleineigenthum zugewiesen war[3]). Vorbehalt des Vorkaufsrechtes ist Begründung einer Obligation, wozu ja der Theilungsrichter ermächtigt ist. Die aus dieser Obligation entspringende Verpflichtung mindert regelmäßig den ökonomischen Werth, den die Sache für den Erwerber hat. Die Begründung eines Vorkaufsrechtes kann sonach dazu dienen, durch das Theilungsverfahren entstehende Ungleichheiten auszugleichen.

Die Verurtheilung, einen Vorkaufsanspruch zu erfüllen, gehört dagegen nicht hierher, denn sie erzeugt nicht erst das Vorkaufsrecht, sondern erkennt das bereits bestehende an: das Urtheil hat declaratorische Bedeutung[4]). § 779 C. P. O. ändert daran nichts, denn wenn der Richter den zum Verkaufe selbst erforderlichen Consens durch sein rechtskräftiges Urtheil ersetzt, so vermag er dies nur, weil das Vorkaufsrecht als solches bereits bestanden hatte.

3. Die praktisch wichtigste Begründungsart ist die durch Vertrag[5]). — Vielfach, in Theorie und Praxis[6]), berief man sich dafür auf folgende Quellenstellen:

> L. 75 Dig. de contrah. empt. 18. 1 (Hermogenianus libro secundo juris epitomarum). Qui fundum vendidit, ut eum certa mercede conductum ipse habeat vel, si vendat, non alii sed sibi distrahat vel simile aliquid paciscatur: ad complendum id, quod pepigerunt, ex vendito agere poterit.
>
> L. 21 § 5 Dig. de act. empt. 19. 1 (Paulus libro trigesimo tertio ad edictum). Sed et si ita fundum tibi vendidero, ut nulli alii eum quam mihi venderes, actio eo nomine ex vendito est, si alii vendideris.
>
> L. 122 § 3 Dig. de Verb. Oblig. 45. 1 (Scaevola libro vicensimo octavo Digestorum). Coheredes cum praedia hereditaria diviserant, unum praedium commune reliquerunt

[3]) Arg. L. 3 Cod. communi divid. 3.37.

[4]) Arg. L. 8 § 4 Dig. si servit. vind. 8.5.

[5]) Daß auch durch einseitiges Rechtsgeschäft (vgl. Windscheid Pand. Bd. 2 § 304) ein Vorkaufsrecht begründet werden kann, bedarf hier keiner Erörterung.

[6]) Von älteren Schriftstellern abgesehen vgl. Berger l. c. § 5 sqq., Madihn l. c. § 6 pag. 16 sqq., Voet Comment. ad Pand. 1778 Lib. 18 tit. 3 § 10, Walch a. a. O. S. 91, Glück Bd. 16 S. 156, Unterholzner a. a. O., Koch a. a. O. § 242 Anm. 1, Schilling a. a. O., Mühlenbruch a. a. O Anm. 6, Renaud a. a. O. S. 397, 405, Arndts Pand. § 301 not. h, Brinz Pand. 2. Aufl. Bd. 2 § 325 Anm. 56, Seuff. Arch. Bd. 17 Nr. 244 (Dresden 1863), Bd. 30 Nr. 247 (Celle 1875), u. A.

sub hoc pacto, ut, si quis eorum partem suam alienare voluisset, eam vel coheredi suo vel ejus successori venderet centum viginti quinque: quod si quis aliter fecisset, poenam centum invicem stipulati sunt: quaero, cum coheres mulier coheredis liberorum tutores saepius testato convenerit et desideraverit, ut secundum conventionem aut emant aut vendant hique nihil tale fecerint, an, si mulier extero vendiderit, poena ab ea centum exigi possit. Respondit secundum ea quae proponerentur obstaturam doli mali exceptionem.

Andere Schriftsteller erblickten dagegen in diesen Stellen ein pactum ut nulli alii quam mihi venderes[7]), oder ein vertragsmäßiges Veräußerungsverbot[8]), ein pactum de non contrahendo[9]).

In der That können diese Quellenstellen nicht auf ein Vorkaufsrecht bezogen werden, zu dessen Begriff es gehört, daß dem Berechtigten Anspruch auf Abschluß des Vertrages zu den zwischen dem Verpflichteten und einem Dritten vereinbarten Bedingungen zusteht. Davon sagen L. 75 Dig. 18. 1 und L. 21 § 5 Dig. 19. 1 überhaupt nichts; der Verkäufer hatte sich ausbedungen si vendat (sc. emptor), nulli alii quam mihi vendat; und in L. 122 § 3 Dig. 45 1 hatten zwei Miterben bezüglich eines unvertheilt gelassenen, also gemeinschaftlich verbliebenen, Grundstücks vereinbart, daß, wer seinen Antheil daran zu verkaufen beabsichtige, ihn dem anderen Miterben um einen im Voraus bestimmten Preis zu verkaufen habe. Damit entfällt die Möglichkeit in L. 122 cit. ein Vorkaufsrecht zu erblicken, zu dessen Begriff es gehört, daß ein Anspruch auf Vertragsschluß zu den mit einem Dritten vereinbarten Bedingungen bestehe[10]). Der Vertrag mit dem Dritten ist bestimmend für den Inhalt des auf Verlangen des Berechtigten mit dem Verpflichteten zu schließenden Vertrages. Ist der Inhalt dieses letzteren Vertrages bereits von den Vertragsschließenden selbst festgestellt worden, so liegt ein gewöhnliches pactum de contrahendo vor, da, wo es sich um einen künftigen Verkauf handelt, also ein gewöhnliches pactum de vendendo. Dieses pactum de vendendo ist bedingt: si vendat, oder si alienare voluisset, welche letztere Bedingung

[7]) Vgl. Sintenis a. a. O. § 116 Anm. 235 (S. 642), Windscheid a. a. O. Anm. 12.

[8]) Vgl. Cujac. Comment. ad varios Digest. jur. civ tit., ad h. l. (ed. 1575 pag. 699).

[9]) Vgl. Degenkolb Begriff des Vorvertrages 1871 S. 40 Anm. 2 vbd. mit S. 31. Göppert in der Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 14 S. 400.

[10]) Vgl. L. 3 Cod. de jure emphyt. 4.66 und oben § 1 fg.

außer dem Verkaufe auch sonstige Arten der Veräußerung umfaßt, bedingt also durch die Thatsache, daß der Verpflichtete sich zum Verkaufe, oder allgemein zur Veräußerung, entschließen würde. Der bloße Entschluß, als innerer Vorgang, bringt freilich die Bedingung nicht zur Erfüllung; es bedarf vielmehr eines Hervortretens des Entschlusses in die Außenwelt, sei es, daß der Verpflichtete mit einem Dritten einen Verkaufs-, oder überhaupt einen Veräußerungsvertrag abschließt, sei es aber auch, daß der Verpflichtete dem Berechtigten gegenüber das Vorhandensein des Entschlusses zu erkennen giebt. Auch im letzteren Falle ist die Bedingung bereits erfüllt, der Berechtigte kann hier nicht verlangen, daß der Verpflichtete zunächst einen Vertrag mit dem Dritten zum Abschluß bringe, wie er dies da, wo es sich um ein jus protimiseos handelt, allerdings zu verlangen berechtigt wäre. Welchen Zweck sollte es auch haben, wenn der Verkaufs-(Veräußerungs-)Entschluß feststeht, den Verkauf mit dem Dritten zum Abschluß zu bringen, dessen Bedingungen für den Vertrag zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten ja doch nicht maßgebend sind, weil von vornherein genaue Bestimmungen für diesen Vertrag getroffen waren? Ist aber der Abschluß des Vertrages mit dem Dritten nicht Voraussetzung für die Geltendmachung des Anspruches des Berechtigten, ist der Inhalt eines etwa trotzdem mit dem Dritten geschlossenen Vertrages nicht bestimmend für den Inhalt des Vertrages, dessen Abschluß der Berechtigte verlangen kann, ist der Verpflichtete folglich auch nicht gehalten, einen Vertragsschluß anzubieten, und besteht endlich, da der Abschluß eines Vertrages mit einem Dritten nicht vorausgesetzt wird, nicht nothwendig die Verpflichtung, den mit dem Berechtigten geschlossenen Vertrag vorzugsweise zu erfüllen, so entfallen alle wesentlichen Momente des Vorkaufsrechtes, wie wir sie im § 1 entwickelt haben, mit Ausnahme des jus ad contrahendum, des Contrahirungszwanges, wie er den pacta de contrahendo überhaupt eigenthümlich ist. — Diese Ansicht ist allerdings von der herrschenden abweichend; Theorie und Praxis[11]) nehmen häufig an,

[11]) Vgl Hommel Rhaps. quaest. Tom. 5 (1785) obs. 688 n. 2, v. Berg Juriſt. Beobacht. und Rechtsfälle Th. 3 (1806) S. 225 ff., v. Bülow und Hagemann Prakt. Erörterungen Bd. 3 Nr. 31 (1815), Glück Bd. 16 S. 160 Anm. 45, Brueckner l. c. pag. 23, Koch a. a. O. § 243 Anm. 4, Curtius Sächſ. Civilr. Bd. 4 § 1424, Leitſchk-Wengler a. a. O. S. 211. — Badiſche Annalen Bd. 37 S. 182, Entſch. Reichsg. 18./6. 1890 bei Bolze Praxis des R. G. Bd. 10 Nr. 126. — Preuß. L. R. I. 20 § 568, 605 und dazu Koch Comm. zum A. L. R. 8. Aufl. Bd. 2 S. 918 Anm. 38, Oeſterr. G. B. § 1077, Sächſ. G. B. § 1126, 401. — Vanckhardt Rechtsfälle mit Entſcheidungen der franzöſ. Gerichtshöfe Bd. 3 S. 267, im Auszuge bei Troplong, de la vente, 1845, tome

daß bei einem Vorkaufsrechte die Bedingungen des zwischen dem dem Berechtigten und dem Verpflichteten abzuschließenden Vertrages, insbesondere also die Preisbestimmung, von vornherein, unabhängig von dem Gebote eines Dritten, oder — richtiger gesagt — von dem Inhalte des mit einem Dritten geschlossenen Vertrages, normirt sein könnten. Allein aus den vorhin angegebenen Gründen vermögen wir in Fällen dieser Art nur pacta de vendendo zu erblicken, nicht pacta protimiseos.

Wir kehren zur Betrachtung der drei vorerwähnten Quellenstellen zurück, um zu prüfen, ob sie sich nicht etwa auf vertragsmäßige Veräußerungsverbote, pacta den non contrahendo, beziehen. Die scharfe Ausdrucksweise in L. 21 § 5 cit. „ut nulli alii quam mihi venderes", in L. 75 cit. etwas gemildert, scheint dafür zu sprechen. Allein der Wortlaut kann nicht unbedingt maßgebend sein, wenn man erwägt, daß jeder Vertrag, der beispielsweise den Verkauf einer individuell bestimmten Sache an eine bestimmte Person festsetzt, implicite auch die Vereinbarung enthält, daß nicht einer anderen Person verkauft werde. Wird das, was implicite also bereits gesagt ist, zur größeren Klarheit des Rechtsverhältnisses noch besonders hervorgehoben — was ja auch heutzutage öfter vorkommt — so kann diese Hervorhebung an der rechtlichen Natur des Rechtsverhältnisses im Zweifel nichts ändern. Man würde dem Parteiwillen Gewalt anthun, wollte man in dem Vertrage ut mihi venderes ein pactum de vendendo, in dem Vertrage ut nulli alii quam mihi venderes ein vertragsmäßiges Veräußerungsverbot erblicken. Nur der Parteiwille kann aber über die Existenz eines vertragsmäßigen Veräußerungsverbotes entscheiden; von ihm allein hängt es ab, ob eine rein negative Rechtswirkung hervorgerufen werden soll, wie beim Veräußerungsverbote, oder nicht vielmehr eine, unter Umständen von Bedingungen abhängige, positive Rechtswirkung. Unzweifelhaft war die letztere in der L. 122 § 3 cit. beabsichtigt; es kam dem Miterben darauf an, den Antheil des Anderen zu dem seinigen erwerben zu können, wenn sich die Möglichkeit

1 n. 132: „Un sieur Pelisson fit au sieur Commandeur une promesse de vendre ainsi conçue: Si le sieur Pelisson se décide à aliéner la terre qui lui reste au lieu dit Molard-Bresson, il promet d'en passer vente au sieur Commandeur par préférence et à l'exclusion de tous autres, au prix de 1100 fr." In derartigen Fällen erblickt die französische Jurisprudenz ein pacte de préférence, vgl. Zachariae Handb. des französ. Civilrechts Bd. 2 § 352 Anm. 3. — Manche nahmen sogar an, daß ein Vorkaufsrecht „für den wahren Werth" eingeräumt sein könne, in welchem Falle der durch Taxation zu ermittelnde Werth an Stelle des vom Dritten gebotenen Preises maßgebend sei, Curtius Sächs. Civilr. Bd. 4 § 1424.

dazu darbieten, d. h. wenn der Andere seinen Antheil veräußern würde. — Aber auch in den beiden anderen Quellenstellen muß die Absicht des Verkäufers nicht sowohl auf ein Nichtveräußern an einen Dritten, als vielmehr auf einen eventuellen Wiedererwerb der verkauften Sache gerichtet angesehen werden. Besonders deutlich tritt diese Absicht in L. 75 cit. hervor, in der der Verkäufer sich zunächst ein Miethrecht ausbedungen hatte; hätte ihn nicht die Absicht des eventuellen Wiedererwerbes des Grundstückes, sondern des ungestörten Miethgebrauches, auch nach einem etwaigen Verkaufe der Sache an einen Dritten, geleitet, so hätte er sich — zu allem Ueberflusse[12]) — von dem Anderen versprechen lassen können, daß er beim Verkaufe dem Erwerber die Verpflichtung auferlege, in den Miethvertrag mit ihm — dem Erstverkäufer, nun Miether — einzutreten[13]). Mehr als obligatorischen Schutz konnte er ja durch ein etwaiges vertragsmäßiges Veräußerungsverbot auch nicht erlangen[14]).

Es kommt noch hinzu, daß bei einem Veräußerungsverbote der Uebergang des Eigenthums auf einen Anderen untersagt werden soll. Auf die Natur des dem Eigenthumsübergange zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes wird es dabei nicht ankommen, weßhalb sich die Quellen in Fällen solcher Art einer möglichst allgemeinen Ausdrucksweise bedienen: „alienationem inhibere“[15]), „ne ad fratrem . . . . perveniret“[16]), „ut neutri alienandae suae portionis facultas ulla competeret“[17]) — wenigstens in der Regel[18]). In der L. 75 Dig. 18. 1 und der L. 21 § 5 Dig. 19. 1 ist aber nur der Fall eines Verkaufes seitens des anderen Vertragsschließenden ins Auge gefaßt, nicht der eines Tausches, einer Hingabe an Zahlungsstatt, einer Schenkung u. s. w.

---

12) L. 25 § 1 Dig. locat. 19.2.

13) L. 53 § 2 Dig. de act. empt 19.1, L. 25 § 1 cit.

14) Resolutivbedingung für den Fall der Zuwiderhandlung konnte freilich im einen wie im anderen Falle gesetzt werden, allein davon ist in den beiden Quellenstellen nicht die Rede.

15) Vgl. L. 7 Cod. de rebus alienis non alienandis et de prohibita rerum alienatione vel hypotheca 4.51.

16) L. 135 § 3 Dig. de V. O. 45. 1.

17) L. 3 Cod. de condict. ob causam dat. 4. 6.

18) In der viel besprochenen L. 7 § 2 Dig. de distrah. pign. 20.5 ist freilich nur von einem zwischen Pfandgläubiger und Pfandschuldner abgeschlossenen Vertrage, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, die Rede. Allein die Ausdehnung auch auf andere Veräußerungsgeschäfte war in diesem Falle nicht von besonders praktischem Werthe, da dem Pfandgläubiger, trotz der Veräußerung, die dingliche Pfandklage gegen jeden Besitzer zustand. L. 20 § 1 Dig. de pign. 20.1.

War hiernach für den Fall eines Verkaufes ein Erwerb bezw. Wiedererwerb beabsichtigt, so kann in den drei Quellenstellen nur ein bedingtes pactum de vendendo, bezw. de retrovendendo, also ein pactum de contrahendo[19]), erblickt werden; nach allgemeinen Grundsätzen war der Wiederkaufspreis, in Ermangelung anderer Vereinbarung, durch den Verkaufspreis des ersten Verkaufes hinreichend bestimmt[20]).

Das Ergebniß der vorhergehenden Untersuchung besteht in der Feststellung, daß die Quellen kein Beispiel eines vertragsmäßigen Vorkaufsrechtes oder eines analogen Rechtes[21]) enthalten. Wir sind daher genöthigt, auf die allgemeinen Grundsätze zurück-

[19]) Auf die Streitfrage, ob das pactum de retrovendendo als pactum de contrahendo anzusehen sei, ist hier nicht näher einzugehen.

[20]) Vgl. den der Entscheidung des O. A. G. München vom 1. 3. 1867 (Kl. für R. Anw. Bd. 32 S. 298) zu Grund liegenden Rechtsfall: A hatte an B ein Fischwasser um 400 fl. mit dem Vorbehalte verkauft, daß dasselbe weder von B noch von dessen Erben an einen Anderen als den Verkäufer oder dessen Gutsnachfolger veräußert werden dürfe und daß Letztere im gegebenen Falle eine gleiche Summe von 400 fl. zu entrichten haben sollten. Das Gericht nahm an, daß dadurch ein Vorzug des Erstverkäufers A nicht begründet worden sei, vielmehr ein Verbot der Veräußerung an Dritte, so daß nur der Verkauf an den ersten Verkäufer gestattet sei, und daß in dieser Beziehung der Vertrag sich dem Wiederkaufsrechte „nähere". Aber worin soll die Verschiedenheit von einem bedingten Wiederkaufsrechte (si res vendatur) begründet sein? — Die eben erwähnte Entscheidung ließ denn auch, den allgemeinen Grundsätzen über Verletzung vertragsmäßiger Veräußerungsverbote folgend, nur eine Entschädigungsklage zu, während L. 75 Dig. cit. (18.1) bestimmt: ad complendum id, quod pepigerunt, ex vendito agere poterit. Auch in dieser Entscheidung Hermogenians finden wir eine Bestätigung dafür, daß es in dem Rechtsfalle der L. 75 cit. den Parteien nicht auf die negative Handlung (Unterlassung der Veräußerung), sondern auf die positive Handlung (den Rückverkauf) ankam. — Anders liegt die Sache in dem der Juristenfakultät Göttingen zur Entscheidung vorgelegten, das von Meyennsche Testament betreffenden Rechtsfalle (v. Berg Beobacht. und Rechtsfälle, Th. 3 (1806) S. 225 ff.). In § 11 dieses Testaments war bestimmt, „daß die hinterlassenen Güter auf keinerlei Weise distrahirt werden und keiner von seinen — des Testators — Kindern und Erben berechtigt sein solle, die Güter an Fremde zu veräußern, sondern derjenige, welcher solche ganz oder zum Theil ab zustehen intendirt sein möchte, solle verbunden und gehalten sein, seinen Geschwistern und Miterben solche cum inventario und wie er sie empfangen hat, für den in dieser Disposition festgesetzten Werth zu überlassen." Die Fakultät nahm ein testamentarisches jus protimiseos an; ein solches ist aber schon wegen der Vorausbestimmung des Preises ausgeschlossen. In der That liegt hier ein Veräußerungsverbot vor, denn die Absicht des Testators war offenbar darauf gerichtet, ein dem Familienfideicommisse ähnliches Rechtsverhältniß zu schaffen und nur da, wo die Umstände eine Durchführung dieses Veräußerungsverbotes nicht ermöglichten, sollte die letztwillig angeordnete Contrahirungspflicht (vgl. Bechmann Kauf Th. 2 Abth. 1 § 189) Platz greifen.

[21]) Kayser a. a. O. verweist für das Vorpachtrecht auf L. 75 cit., in der jedoch als Verkaufsbedingung ein sofort in Kraft getretener Pachtvertrag erwähnt wird, nicht eine obligatio ad locandum.

zugreifen, wie sie dem Begriffe und Zwecke des Vorkaufsrechtes entsprechen. —

Das Vorkaufsrecht ist, wie oben (§ 1) bereits erwähnt, nicht der Verkauf selbst, auch nicht ein bedingter Verkauf. Vielmehr begründet es eine Verpflichtung zum Vertragsschlusse (zum Verkaufe), eine obligatio ad contrahendum. Soweit es auf Vertrag beruht, stellt sich mithin dieser Vertrag selbst als pactum de contrahendo dar, als Vorvertrag[22]). Demgemäß finden auf den begründenden Vertrag die allgemeinen Regeln über die Vorverträge entsprechende Anwendung, auf die hier näher einzugehen nicht beabsichtigt werden kann[23]).

Im Zusammenhange mit der Lehre von den Vorverträgen ist auch die Frage zu erörtern, ob die für den Hauptvertrag etwa vorgeschriebene Form schon bei Errichtung des das Vorkaufsrecht begründenden Vertrages (des Vorvertrages, im Hinblick auf den später abzuschließenden Hauptvertrag) beobachtet werden muß[24]), während darüber kein Zweifel besteht, daß der, wie

[22]) So bereits M. Grassus pag. 33 und Petermann pag. 43 der in der folgenden Anmerkung zu erwähnenden Schriften, Harpprecht Responsa Tubing. Vol. 6 (1708) resp. 95 n. 55. Aus neuerer Zeit: Koch a. a. O. § 240, 242, Regelsberger Civilrechtl. Erört. 1. Heft (1868) S. 129, Göppert in der Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 14 S. 402, 406, 408, 420, 422, 424, Thöl Handelsrecht 6. Aufl. (1879) § 246 Anm. 5, Degenkolb in seinen Neuen Beiträgen zur Lehre von den Vorverträgen im Arch. für civ. Pr. Bd. 71 S. 79 Anm. 46, u. s. w.

[23]) Ueber Vorverträge im Allgemeinen vgl. M. Grassus Disp. de pacto futuri contractus praeparatorio (1688), J. J. de Lier Pactum praeparatorium actionem producens et non producens (1716), Aug. G. Petermann Disp. de valore pactorum quibus praeparantur contractus (1730), Beseler Lehre von den Erbverträgen Th. 2 Bd. 1 S. 56 ff. (1837), Koch Recht der Forderungen nach gem. und nach Preuß. Rechte Bd. 3 § 240 (1843), Thöl Handelsrecht Bd. 1 § 62 der 3. Aufl. (1854), bezw. § 216 der 6. Aufl. (1879), Regelsberger Civilrechtliche Erörterungen 1. Heft S. 128 ff. (1868), vor Allen aber Degenkolb Begriff des Vorvertrages (1871), wiederabgedruckt im Arch. für civ. Praxis Bd. 71 S. 1 bis 51, dazu Göppert in der Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 14 S. 400 ff. (1872), Regelsberger in Endemann's Handbuch des Handelsrechts Bd. 2 § 213 S. 417 ff. (1882), Bechmann Der Kauf nach gemeinem Recht Bd. 2 Abth. 1 § 190 ff. S. 270 ff. (1884), Degenkolb Neue Beiträge zur Lehre vom Vorvertrage im Arch. für civ. Praxis Bd. 71 S. 52 ff. (1887), ferner Windscheid Pand. Bd. 2 § 310, Stobbe Privatrecht Bd. 3 § 168, Dernburg Preuß. Privatrecht Bd. 2 § 43 und Pand. Bd. 2 § 10, endlich Preuß. L. R. I. 11 § 653—661, Oesterr. G. B. § 936. Sächs. G. B. § 1067—1069. — Die nicht geringe gemeinrechtliche Literatur über einzelne, wirkliche oder vermeintliche, Arten der pacta de contrahendo, insbesondere über das pactum de mutuo dando, kann hier übergangen werden. — Der Deutsche Entw. erkennt die Vorverträge an, ohne sie zu regeln, vgl. Motive Bd. 1 S. 178, 184.

[24]) Vgl. die Entsch. des Reichsg. v. 23./1. 1883 Bd. 10 S. 122 (auch im Arch. für prakt. Rechtswiss. 3. Folge Bd. 3 S. 260) und des O. L. G. Darmstadt v. 24./7. 1882 in Seuff. Arch. Bd. 38 Nr 103, beide mit Bezug auf das

jedem Vertrage so auch dem Vorvertrage erforderlichen Bestimmtheit der Leistung des Vorkaufsverpflichteten durch den Hinweis auf die mit dem Dritten zu vereinbarenden Bedingungen Genüge geleistet wird.[25]) Endlich ist noch hervorzuheben, daß auch ein auf künftige Begründung eines Vorkaufsrechtes durch Vertrag gerichteter Vorvertrag zulässig ist, wenn letzterer den allgemeinen Erfordernissen entspricht[26]): Vorvertrag gerichtet auf Abschluß eines Vertrages, welcher letztere selbst wieder Vorvertrag im Hinblick auf einen Hauptvertrag ist (Pactum de ineundo pacto protimiseos).

Der das Vorkaufsrecht begründende Vertrag kann als selbständiger[27]) auftreten, oder auch, was in vielen Darstellungen der Lehre vom Vorkaufsrecht allein berücksichtigt wurde, als Nebenvertrag[28]), d. h. im Gefolge eines anderen Vertrages, meistens eines auf Eigenthumsübertragung gerichteten

Großh. Hess. Ges. v. 4./8. 1871 betr. die verbindende Kraft der Immobiliar-Veräußerungsverträge ergangen, ferner die Entsch. des Reichsg. v. 5./10. 1886 Bd. 16 S. 155 mit Bezug auf das Braunschweig. Ges. v. 8./3. 1878 und des Appellgerichts Basel v. 29./5. 1890 in der Zeitschr. für Schweiz. Recht Bd. 32 S. 115 mit Bezug auf § 2 Z. 1 Ges. 26./6. 1882 betr. Einführung des eidgenöss. Obligationenrechts; dazu Degenkolb in den vorerwähnten Neuen Beiträgen S. 79 und Windscheid Pand. Bd. 2 § 310 Anm. 3. Im Zweifel wird man, insbesondere wenn die Formvorschrift bezweckt, die Parteien vor Uebereilung zu bewahren, nicht annehmen können, daß bereits der das Vorkaufsrecht begründende Vertrag der für den Hauptvertrag vorgeschriebenen Form bedarf, denn der Verpflichtete hat die Möglichkeit sich vor Nachtheilen zu bewahren, wenn er den Vertrag mit dem Dritten unter für ihn günstigen Bedingungen abschließt, der Berechtigte aber hat vollständig freie Hand, ob er unter den mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen nun selbst den Vertrag mit dem Verpflichteten schließen will. Für den Einen besteht daher nur eine relative, für den Anderen aber überhaupt keine Gebundenheit.

[25]) Daß ein Vorkaufsrecht nicht vorliegt, wenn von vornherein der Preis fest bestimmt ist, oder wenn er überhaupt in anderer Weise als durch den mit dem Dritten geschlossenen Vertrag bestimmt werden soll, ist bereits oben bei Besprechung der L. 122 § 3 Dig. 45. 1 hervorgehoben worden.

[26]) Vgl. Obertrib. Berlin 9./9. 1867 in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Preuß. Rechts Bd. 12 S. 374 fg.

[27]) Brueckner l. c. pag. 6, Göschen a. a. O. Seuffert a. a. O., Sintenis a. a. O. § 116 Z. VI (S. 640), Curtius Sächs. Civilr. Bd. 4 § 1415, Rechtsfälle in Seuff. Arch. Bd. 30 Nr. 247 (Celle 10./2. 1875), in der Sammlung der Entscheid. des Obersten Gerichtshofes für Bayern Bd. 5 S. 825 (München 22./3. 1876) und in der Zeitschr. für Schweiz. Recht Bd. 32 S. 115 (Appellg. Basel 29./5. 1890). Das Graubündner C. B. § 408 (Huber System und Geschichte des Schweiz. Privatrechts 1889 Bd. 3 S. 719) gestattet ein dingliches Vorkaufsrecht selbständig, d. h. ohne gleichzeitigen Verkauf, zu bestellen; persönliche Vorkaufsrechte können mithin nach diesem Gesetzbuche nur in einem Nebenvertrage eingeräumt werden.

[28]) Bekker System des heut. Pandektenrechts Bd. 2 (1889) § 97 Anm. s: „Nebengeschäft".

Vertrages, insbesondere eines Verkaufes,[29]) eines Tausches, einer Schenkung,[30]) einer Hingabe an Zahlungsstatt, aber auch einer Gemeinschafts-[31]) oder Erbtheilung[32]), eines Vergleiches, vielfach auch eines Mieth- oder Pachtvertrages[33]), seltener eines Darlehnsvertrages[34]), eines Verlagsvertrages, eines Gesellschaftsvertrages u. s. w.

Die Einräumung eines Vorkaufsrechtes, d. h. die Begründung des diesem Rechte entsprechenden Anspruches, kann unentgeltlich erfolgen, aber auch gegen Gegenleistung. Da wo der das Vorkaufsrecht begründende Vertrag im Gefolge eines anderen, entgeltlichen Vertrages erscheint, bildet die Uebernahme der dem Vorkaufsrechte entsprechenden Verpflichtung einen Theil der Leistung bezw. Gegenleistung des sich Verpflichtenden; die sonstige Leistung bezw. Gegenleistung des Verpflichteten wird deshalb regelmäßig geringer sein, denn das Vorkaufsrecht stellt einen Vermögenswerth dar, so daß seine Einräumung beim Verkaufe seitens des Käufers regelmäßig in partem pretii erfolgt[35]).

Die für das Römische Recht bedeutsame Unterscheidung zwischen den durch selbständigen Vertrag und den durch Nebenvertrag begründeten Vorkaufsrechten[36]) hat für uns jedoch nur

[29]) Brueckner l. c. pag. 13. Auf diesen Fall stützen viele ältere und neuere Schriftsteller, auch Oesterr. G. B. § 1072, sogar den Begriff des Vorkaufsrechtes.

[30]) Donatio sub modo. — Arg. L. 33 § 1 Dig. de donat. 39. 5, L. 20 Dig. de reb. cred. 12. 1 (über letztere Stelle s. Degenkolb im Arch. für civ. Praxis Bd. 71 S. 58 ff.)

[31]) Rechtsfall im Arch. für das Civil- und Criminalrecht der Königl. Preuß. Rheinprovinzen Bd. 14 S. 123.

[32]) Arg. L. 122 § 3 Dig de Verb. Oblig. 45. 1 (pactum de vendendo).

[33]) Rechtsfälle bei Harppprecht Responsa Tubing. Vol. 6 (1708) resp. 95, Arch. für das Civil- und Criminalrecht der Königl. Preuß. Rheinprovinzen Bd. 7 S. 8, Entsch. Obertrib. Berlin Bd. 78, S. 219, Förster-Eccius, Preuß. Privatr. Bd. 3 § 189 Anm. 3, Badische Annalen Bd. 30 S. 54, Bd. 37 S. 182, Bd 39 S. 49, Entsch. des O. A. G. Lübeck 13./1. 1872 in Kierulffs Samml. Bd. 7 S. 192, u. s. w.

[34]) Rechtsfall bei Berlich Decis. aureae P. 1 dec. 123 (1699).

[35]) Arg. L. 21 § 4 Dig. de act. empt. 19. 1. Vgl. Göppert in der Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 14 S. 420. — Regelmäßig verpflichtet sich der Käufer zur Einräumung des Vorkaufsrechtes dem Verkäufer gegenüber; aber auch der Verkäufer kann sich hinsichtlich nicht verkaufter Gegenstände wie durch selbständigen, so durch Nebenvertrag, zur Einräumung des Vorkaufsrechtes dem Käufer gegenüber verpflichten. Aehnlich verhält es sich bei anderen Verträgen, z. B. der Pächter kann dem Verpächter ein Vorkaufsrecht an einer ihm gehörigen Sache im Pachtvertrage einräumen.

[36]) In continenti einem bonae fidei contractus beigefügte pacta bedurften nicht der Stipulationsform (vgl. L. 7 § 5 Dig. de pactis 2. 14, Glück Bd. 4 S. 258 ff.).

der rechtlichen Natur des Klageanspruches wegen[37]) und insofern Bedeutung, als von der Rechtsgültigkeit des Kauf- u. s. w. Vertrages auch die Rechtsbeständigkeit der einen Theil desselben bildenden Vereinbarung abhängt, auf der das Vorkaufsrecht beruht.

Regelmäßig wird das Vorkaufsrecht einem der Vertragsschließenden selbst eingeräumt, allein, nach allgemeinen Grundsätzen, ist es auch zulässig, es zu Gunsten eines Dritten zu begründen[38]), wenigstens dann, wenn seine Einräumung sich als Gegenleistung für eine dem Verpflichteten von dem anderen Vertragsschließenden gemachte Vermögenszuwendung darstellt[39]). Wie aber eine Vertragsofferte in incertam personam, d. h. an eine nur nach Merkmalen bestimmte Person, zulässig ist[40]), und wie, nach heutigem Rechte, ein Vertragsverhältniß auch mit einer Person entstehen kann, die durch Eintritt in ein gewisses Verhältniß oder durch Verbleiben in einem gewissen Verhältnisse bestimmt ist[41]), so ist es auch zulässig, das Vorkaufsrecht einem in dieser Weise bezeichneten Gläubiger einzuräumen, auch mehreren successiv sich folgenden Gläubigern, oder einigen davon[42]), soweit dadurch nicht ein Realrecht begründet wird, auf das die bezüglichen (partikularrechtlichen) Normen anzuwenden wären[43]).

Aus dem bisher Gesagten ergiebt sich bereits, daß der Vorkaufsberechtigte nicht seither Eigenthümer der Sache, auf die sich das Vorkaufsrecht bezieht, gewesen sein muß. Dadurch unterscheidet sich das Vorkaufsrecht begrifflich von dem Rück- oder

[37]) Aus einem pactum venditioni adjectum entspringt die actio venditi (arg. L. 75 Dig. de contrah. empt. 18. 1, L. 21 § 5 Dig. de act. empt. 19. 1, vgl. Koch a. a. O. § 243 Anm. 20), aus einem selbständigen pactum protimiseos eine actio praescriptis verbis vel in factum. Unter den Römischen Juristen selbst bestanden jedoch Meinungsverschiedenheiten, vgl. Bechmann Kauf Th. 2 Abth. 1 S. 278 Anm. 2.

[38]) Vgl. Degenkolb Begriff des Vorvertrages S. 31 (dazu aber Göppert a. a. O. S. 404).

[39]) Vgl. Windscheid Pand. Bd. 2 § 316 Anm. 15.

[40]) Vers. § 308, Sohm in der Zeitschr. für Handelsrecht Bd. 17 S. 56 ff.

[41]) Windscheid Pand. Bd. 2 § 291, Dernburg Pand. Bd. 2 § 9.

[42]) Beispielsweise dem A. (oder dem gegenwärtigen Besitzer eines bestimmten Grundstückes) und dessen Gutsnachfolgern innerhalb der nächsten drei Jahre, oder den Mitgliedern einer bestimmten Familie (vgl. für Preuß. L. R. Entsch. Reichsg. 18./6. 1890 in der Jurist. Wochenschr. 1890 S. 263 Z. 20 und S. 262 Z. 19). Allgemein verneint wird die Zulässigkeit eines solchen Vertrages in der Zeitschr. für Rechtspflege und Verwaltung in Sachsen Bd. 31 S. 370. — Vgl. auch Deutsch. Entw. § 952 betr. Vorkaufsrecht an Grundstücken.

[43]) Vgl. Stobbe Privatr. Bd. 3 § 175 Z. III. 2 (S. 161).

Wiederkaufsrechte, dem pactum de retrovendendo[44]). Weitere Unterschiede bestehen u. a. bezüglich der Voraussetzungen für die Geltendmachung des Anspruches und bezüglich des Inhaltes des Anspruches. Der Vorkaufsberechtigte kann den Anspruch auf Vertragsschluß (Verkauf u. s. w.) nur geltend machen, wenn der Verpflichtete einen Vertrag (das Nähere ist vorerst außer Betracht zu lassen) mit einem Dritten abgeschlossen hat, der Wiederkaufsberechtigte dagegen unabhängig davon, zu jeder Zeit, wenn nichts anderes vereinbart ist. Der Vorkaufsberechtigte hat nur Anspruch auf Abschluß eines solchen Vertrages, dessen Bedingungen denjenigen entsprechen, die mit einem Dritten vereinbart waren; der Wiederkaufsberechtigte hat Anspruch auf Abschluß eines Vertrages, dessen Bedingungen regelmäßig denjenigen des früheren Vertrages zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten entsprechen[45]). Nur dem zufälligen, allerdings sehr häufig vorkommenden Umstande, daß der Vorkaufsberechtigte seither Eigenthümer der Sache war, auf die sich das Vorkaufsrecht bezieht, und der irrigen Meinung, als ob beim Vorkaufsrechte im Voraus ein bestimmter Preis vereinbart sein könne[46]), ist es zuzuschreiben, daß beide Rechte nicht nur in Verträgen oft verwechselt[47]), sondern auch in Theorie und Praxis vielfach als mehr oder weniger gleichartig angesehen werden[48]).

Daß dem das Vorkaufsrecht begründenden Vertrage auch Nebenbestimmungen, insbesondere Bedingungen, Befristungen

[44]) Ueber die Unterschiede zwischen Retrakt und Wiederkaufsrecht vgl. Platner in der Zeitschr. für Rechtsgeschichte Bd. 4 S. 164 fg. (1864).

[45]) Auf die Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden, insbesondere nicht auf die seit Jahrhunderten streitige Frage, ob das Wiederkaufsrecht auf einem dem Verkaufe angehängten pactum displicentiae (auflösende Bedingung) oder auf einem pactum de contrahendo beruhe, welcher Streit auch auf die Frage der Bestimmung des Wiederkaufspreises nicht ohne Einfluß geblieben ist.

[46]) S. das oben bei Besprechung der L. 122 § 3 Dig. 45. 1 Bemerkte.

[47]) Schon Harpprecht Responsa Tubing. Vol. 1 (1701) resp. 17 n. 23 sqq. und Leyser Med. ad Pand. P. 3 spec. 192 med. 7 wiesen darauf hin; vgl. auch Geiger und Glück, Merkwürd. Rechtsfälle und Abhandlungen Th. 2 Nr. 21 Glück Bd. 16 S. 200 fg. und die daselbst Citirten.

[48]) Die älteren Schriftsteller faßten das Vorkaufsrecht nicht selten als Unterart des pactum retrovenditionis auf. Aus neuerer Zeit beispielsweise Treitschke-Wengler a. a. O. S. 211: geht der Käufer einer Sache eine solche Verbindlichkeit (wie sie dem Vorkaufsrechte eigenthümlich ist) gleich beim Kaufe ein, so ist dies nichts anderes als eine Art bedingten Wiederkaufes. Vgl. auch Entsch. des Obersten Gerichtshofes für Bayern v. 15./10. 1883 (Seuff. Arch. Bd. 39 Nr. 100), in der ausgeführt wird, daß in dem Rückkaufsrechte auch ein Vorkaufsrecht enthalten sei, während beide doch qualitativ ganz verschieden sind und dem Verkäufer, der sein Vorkaufsrecht irriger Weise als Rückkaufsrecht im Hypothekenbuche hatte eintragen lassen, u. E. mit Hülfe allgemeiner Interpretationsregeln hätte geholfen werden können.

u. s. w., beigefügt sein können, versteht sich von selbst; auch können in dem begründenden Vertrage nähere Bestimmungen über den Umfang des Vorkaufsrechtes[49]), die Art seiner Ausübung, insbesondere über Formen und Fristen für die von beiden Theilen abzugebenden Erklärungen, im Voraus vereinbart sein[50]).

§ 5.

Gegenstand des jus protimiseos.

Gegenstand des jus protimiseos ist die Eingehung eines Vertrages. Der Anspruch richtet sich auf Vertragsschluß[1]), d. h. auf Mitwirkung zum Zustandekommen eines Vertrages des bei Begründung des jus protimiseos bestimmten Inhaltes.

1. Beim Vorliegen der Voraussetzung, unter der der Vorkaufsanspruch zur rechtlichen Wirksamkeit gelangt, nämlich beim Vorliegen des Abschlusses eines Vertrages der betreffenden Art mit einem Dritten, erwächst dem Vorkaufsberechtigten die Befugniß, zu verlangen, daß mit ihm ein Vertrag gleichen Inhaltes geschlossen werde. Eine Verpflichtung dazu besteht auf der Seite des Vorkaufsberechtigten nicht; das Rechtsverhältniß ist einseitig berechtigend[2]).

Entschließt sich der Berechtigte zur Geltendmachung seines Anspruches, so bedarf es zunächst des Vertragsschlusses, um die Rechtswirkungen herbeizuführen, um derer willen das Vorkaufs-

[49]) Es kann u. a. auch bestimmt sein, daß der für den Vorkaufsberechtigten maßgebende Preis um einen bestimmten Betrag geringer oder höher sein solle, als der mit dem Dritten vereinbarte. Für den Retrakt vgl. die Ebersheimer Dinghofserneuerung von 1612 und die Weisthümer bei Zöpfl, Alterthümer des Deutschen Reichs u. Rechts Bd. 1 S. 156 fg. (1860).

[50]) Für das gesetzliche Vorkaufsrecht des Eigenthümers des emphyteutischen Grundstückes ergiebt sich dies schon aus L. 3 Cod. 4. 66, wonach die gesetzlichen Normen nur insoweit zur Anwendung kommen sollen, als keine davon abweichenden Bestimmungen im Einzelfalle getroffen worden sind.

[1]) s. unten § 10 Z. 1

[2]) Für die gesetzlichen Vorkaufsrechte ergiebt sich dies schon aus dem Gesetze, auch folgt es für diese, wie für die in anderer Weise begründeten Vorkaufsrechte aus dem Begriffe des jus protimiseos. Vgl. Stryk. Usus mod. Pand. 1745 Lib. 18 tit. 1 § 23. Entsch. Reichsg. 5./10. 1886 Bd. 16 S. 155. Da wo etwa eine Verpflichtung zum Vorkaufe u. s. w. bestünde, würden andere Grundsätze zur Anwendung kommen (pactum de emendo) — Pacta de contrahendo sind regelmäßig einseitig, vgl. Regenkolb, Begriff des Vorvertrages S. 17, 47, Göppert in der Krit. Vierteljahrschr. Bd. 14 S. 418.

recht begründet worden ist. Das Vorkaufsrecht gewährt, wie unten noch nachzuweisen, kein dingliches Recht, kraft dessen der Berechtigte sofort die Sache in Anspruch nehmen könnte; der Anspruch ist gerichtet auf Verkauf u. s. w., also auf Vertragsschluß, und erst auf Grund des geschlossenen Vertrages kann Uebergabe der Sache schlechthin gefordert werden.

Eine Ausnahme von dieser Regel, die durch das weiter unten (§ 14) zu Bemerkende nur scheinbar eingeschränkt wird, ist nicht darin zu erblicken, daß ein Verkäufer, der sich „Vorkaufsrecht" vorbehält, die Auflösung des von ihm abgeschlossenen Verkaufes, also den Rückfall des Eigenthums, für den Fall sich ausbedingt, daß der Käufer die Sache weiter veräußern sollte ohne gewisse Verpflichtungen dem Verkäufer gegenüber zu erfüllen, oder daß ein Verkäufer, der sich „Vorkaufsrecht" vorbehalten will, schon jetzt einen Rückkaufsvertrag unter der Bedingung abschließt, daß der Verpflichtete (Käufer) die Sache weiter veräußern sollte[3]). Der in diesen Fällen zulässige Anspruch auf die Sache selbst bezw. auf Leistung der Sache beruht gar nicht auf dem vorbehaltenen Vorkaufsrechte, sondern im ersten Falle auf der bedingten Wiederauflösung des Verkaufes[4]), im zweiten auf dem abgeschlossenen bedingten Kaufvertrage[5]).

Das jus protimiseos hat Vertragsschluß zum Gegenstande, also Willenserklärungen, wie sie vom Rechte erfordert werden, um einen Vertrag zu Stande zu bringen. Wo für den einzugehenden Vertrag keine Vorschrift über die Reihenfolge besteht, in der die Willenserklärungen abzugeben sind, kann sowohl der Berechtigte als der Verpflichtete die Initiative zum Vertragsschlusse ergreifen: jeder von ihnen kann die Offerentenrolle übernehmen, d. h. dem anderen Theile Vertragsschluß anbieten, so daß die Annahmeerklärung des Letzteren den Vertrag zur Entstehung bringt. Gegenstand des jus protimiseos ist daher die

---

[3]) Diesen Fall behandeln ältere Schriftsteller öfter als eine Abart des Vorkaufsrechtes. Vgl. Berger l. c. § 6 (Fit autem ejusmodi pactum dupliciter, vel duntaxat de vendendo, vel ita, ut res, cum vendetur, venditori revendita esse debeat. Illud alium inter paciscentes contractum requirit, nec venditio esse potest, nisi cum inter illos contrahitur. At ex pacto adjecto, quod vendita res esse debeat, cum vendetur, venditio statim contracta intelligitur), Madihn l. c. § 7 No. I—III pag. 21 sqq.

[4]) Eine solche ist beim Vorkaufsrechte auch nicht als stillschweigend vereinbart anzusehen, Laurent Principes de droit civil t. 24 N. 17. Abw. Böcking, Grundriß a. a. O.

[5]) Vgl. Harpprecht Responsa Tubing. Vol. 6 (1708) resp. 95 n. 42 sqq.

Mitwirkung zum Vertragsschlusse[6]), also eine Handlung, ein facere[7]).

Das heutige Recht kennt keine Bestimmungen mehr, die über die Reihenfolge der Erklärungen bindende Vorschriften treffen, wie solches bei der römischen Stipulation der Fall war. Allein das hindert nicht, daß für den einen Theil eine Verpflichtung besteht, als Offerent aufzutreten, unbeschadet des Rechtes des anderen Theiles, selbst die Offerentenrolle zu übernehmen[8]). Der Satz, daß Gegenstand des Vorkaufsrechtes die Mitwirkung zum Vertragsschlusse ist, erleidet sonach keine Ausnahme, wenn wir unten (§ 10 S. 3) nachweisen, daß der Vorkaufsverpflichtete gehalten sei, als Offerent aufzutreten.

2. Gegenstand des jus protimiseos ist die Mitwirkung zum Abschlusse eines Vertrages des bei Begründung des jus protimiseos bestimmten Inhaltes. Bestimmtheit in Bezug auf den abzuschließenden Vertrag muß vorhanden sein, wenn die obligatio ad contrahendum nicht der Gültigkeit entbehren soll[9]). Aber diese Bestimmtheit kann auch durch Verweisung auf eine andere Erkenntnißquelle geschaffen werden[10]). Endlich kann auch eine Combination dahin stattfinden, daß der Inhalt des abzuschließenden Vertrages zum Theile bestimmt, zum Theile aber nur durch Hinweis auf eine andere Erkenntnißquelle bestimmbar gemacht wird. Dieses letztere, combinirte System findet beim jus protimiseos Anwendung: bestimmt wird die Gattung des abzuschließenden Vertrages, während der übrige Inhalt bestimmbar gemacht wird durch Hinweis auf den Inhalt des zwischen dem

[6]) Vgl. für Vorverträge Degenkolb Begriff des Vorvertrages S. 9 bis 16, Göppert in der Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 14 S. 405, Thöl Handelsrecht § 246 Z. I, Bechmann Kauf Th. 2 Abth. 1 S. 270, 271; für Verträge überhaupt Windscheid Pand. Bd. 2 § 305.

[7]) Renaud a. a. O. S. 399, 401, Seuff. Arch. Bd. 31 Nr. 291 (Celle 28. 3. 1876).

[8]) So auch die Motive zu § 483 Deutsch. Entw. (Bd. 2 S. 348).

[9]) Die wesentlichen Punkte des einzugehenden Vertrages müssen bestimmt sein. Vgl. Glück Bd. 4 S. 106, Regelsberger Civilrechtliche Erörterungen 1. Heft S. 129, Degenkolb Begriff des Vorvertrages S. 19, Göppert in der Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 14 S. 417, Regelsberger in Endemanns Handb. des Handelsr. Bd. 2 S. 418, Bechmann Kauf Th. 2 Abth. 1 S. 273, Windscheid Pand. Bd 2 § 310, Dernburg Pand. Bd 2 § 10; Entsch. R. O. H. G. Bd. 11 S. 1, Bd. 17 S. 218, Bd. 21 S. 324; Seuff. Arch Bd. 33 Nr 112 und Bd 38 Nr. 12; Oesterr. G. B. § 936.

Bezüglich der durch letztwillige Verfügung begründeten Contrahirungspflicht vgl. Bechmann a. a. O. S. 267 ff.

[10]) Vgl. Dernburg Preuß. Privatr. Bd. 2 § 22. Man kann in diesem Falle von einer latenten Bestimmtheit reden.

Verpflichteten und einem Dritten abgeschlossenen Vertrages dieser Gattung [11]).

Bestimmt wird die Gattung des einzugehenden Vertrages. In der Regel wird dem Berechtigten das Recht auf Eingehung eines Kaufvertrages eingeräumt, das Vorkaufsrecht im eigentlichen, engeren Sinne. Gegenstand dieses Rechtes ist die Mitwirkung zum Abschlusse eines Kaufvertrages. Allein auch die Mitwirkung zum Abschlusse anderer Verträge kann Gegenstand des jus protimiseos sein; dem herkömmlichen Begriffe entsprechend können jedoch nur entgeltliche Verträge in Betracht kommen, denn bei unentgeltlichen Verträgen sind nicht die dem jus protimiseos eigenthümlichen Grundsätze anwendbar, sondern die anderer obligationes ad contrahendum, z. B. die des pactum de donando, de deponendo, de commodando, de mandando [12]).

Unter den hiernach möglichen Vertragsgattungen kommen vor allem diejenigen in Betracht, welche sich auf Ueberlassung einer Sache, wenn auch nur zu vorübergehender Benutzung beziehen, Mieth- und Pachtverträge. Das Vormieth- oder Vorpachtrecht, das in den Quellen weder als gesetzliches [13]), noch als vertragsmäßiges [14]) vorkommt, wird denn auch in Theorie [15]) und Praxis [16]) nach Analogie des Vorkaufsrechtes behandelt. Gegenstand dieses Rechtes ist die Mitwirkung zum Abschlusse eines Mieth- oder Pachtvertrages. Wenn der Verpflichtete vermiethen oder verpachten würde, soll er gehalten sein, auf Verlangen des Berechtigten mit diesem einen Vermie-

[11]) Vgl. Regelsberger Civilrechtl. Erörterungen 1. Heft S. 129.

[12]) Zu weit geht daher Thibaut a. a. O.: „nur beim Kaufe den Worten nach, aber auch im Wesentlichen bei anderen Geschäften denkbar . . .“ Bei dem zuletzt erwähnten pactum de mandando würde übrigens in den meisten Fällen das vermögensrechtliche Interesse auf Seiten des Gläubigers (der Mandatar werden will) fehlen.

[13]) Vgl. oben § 3 Z. 4. Anders nach einzelnen Partikularrechten, vgl. z. B. Steinacker Privatr. des Herzogthums Braunschweig 1843 § 123 S. 290.

[14]) Kayser a. a. O. citirt hierfür irrig L. 75 Dig. de contrah. empt. 18. 1. Aeltere Schriftsteller erblickten in dem eigentlichen Vorkaufsrecht zugleich ein Vorpachtrecht, insbesondere bei Verpachtungen auf längere Zeit, vgl. Berlich Conclusiones practicab. P. 2 concl. 39 n. 74 (1651).

[15]) Stryk De successione ab intestato Diss. 6 c. 1 § 7, Usus mod. Pand. Lib. 19 tit. 2 § 75 sq., Glück Bd. 16 S. 158, Sintenis a a. O. § 116 S. 644, Seuffert a. a. O Es steht übrigens nichts im Wege, dieses Recht auch bei der locatio conductio operarum und operis zuzulassen. Ueber analoge deutschrechtliche Rechtsverhältnisse beim sog. Dienstzwang vgl Carpzov. Jurispr. forens. P. 2 const. 51 def. 9, Lauterbach Colleg. theor. pract. 1784 Lib. 19 tit. 2 § 13, Walch a. a. O. S 90 und die dort genannten Schriften.

[16]) Vgl. Mevius Decis. 1664 P. 7 dec. 205 n. 1, Arch. für das Civil- und Criminalrecht der Königl. Preuß. Rheinprovinzen, Bd. 14 S. 123 ff, Bolze Praxis des Reichsg. Bd. 8 Nr. 103 (Entsch. 1/10. 1889).

thungs- oder Verpachtungsvertrag unter denselben Bedingungen, wie sie mit dem Dritten vereinbart waren, abzuschließen und diesen Vertrag vorzugsweise zu erfüllen. Auch bezüglich der Vertragsanbietungspflicht verhält es sich hier nicht anders als beim eigentlichen Vorkaufsrechte. Identität der Sache ist auch hier begriffswesentlich; fehlt sie, so liegt ein pactum de locando mit indirekter Bestimmung des Mieth- bezw. Pachtpreises und der sonstigen Bedingungen vor. Nur bei vertretbaren Sachen, bei denen tantundem idem ist, kommt es nicht sowohl auf Identität der Sache, als vielmehr auf Uebereinstimmung hinsichtlich der Gattung und der Quantität an: es kann in kapitalarmen Zeiten der Fall vorkommen, daß sich Jemand von einem Kapitalisten, wenn dieser eine bestimmte Summe verzinslich ausleihen sollte[17]), den Abschluß eines Vertrages gleichen Inhaltes mit ihm (dem Berechtigten) und die vorzugsweise Erfüllung dieses letzteren Vertrages versprechen läßt, was als Vorleihevertrag bezeichnet werden kann, wenn man sich dabei nur gegenwärtig hält, daß damit nicht das unentgeltliche römische commodatum gemeint ist. Und umgekehrt kann ein Kapitalist sich versprechen lassen, daß, wenn ein Darlehn (gegen oder auch ohne Verpfändung) aufgenommen werden sollte, ihm gestattet sei, unter den mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen selbst den Darlehnsvertrag abschließen und Darlehnsgläubiger werden zu dürfen[18]). — Auch Vorverpfändungsrechte können vorkommen, wenn ein vermögensrechtliches Interesse daran besteht, die von einem

17) Ueber die wenigstens wirthschaftliche Aehnlichkeit des zinsbaren Darlehns mit dem Vermiethungsvertrage vgl Windscheid Pand. Bd. 2 § 371 Anm. 6 und die dort Citirten. — Mit Rücksicht auf den dem Berechtigten zu gewährenden Vorzug in solutione besteht die Voraussetzung für die Geltendmachung dieses Rechtes nicht im Abschlusse des Realvertrages, sondern nur in dem Abschlusse eines Konsensualdarlehns.

18) Derartige Versprechen kommen zu Gunsten von Nachhypothekargläubigern manchmal vor. In einer Hypothekurkunde findet sich folgende Bestimmung: „Diese Hypothek soll dem Range nach die erste Stelle hinter den zur Zeit auf den verpfändeten Grundstücken eingetragenen Hypotheken im Maximalbetrage von 115,000 M. erhalten. Sollten die eben erwähnten Hypothekschulden von 115,000 M ganz oder theilweise vor vollständiger Rückzahlung des neuen Darlehns von 300,000 M. zur Rückzahlung kommen, so steht der Darlehnsempfängerin das Recht zu, bis zu dem oben genannten Betrage die Grundstücke, insoweit dieselben jetzt hypothekarisch belieben sind, wieder hypothekarisch vor der Hypothek von 300,000 M. zu belasten. Der darleihenden Gläubigerin soll jedoch in diesem Falle Gelegenheit gegeben werden, die betreffenden Gelder der Firma X (Hypothekschuldnerin) gegen vorhypothekarische Sicherung zu beschaffen." Nimmt man an, daß Zinsfuß, Rückzahlungsfrist u. s. w. nicht von dem abhängig sein sollten, was mit einem anderen Kapitalisten etwa vereinbart wurde (Auslegungsfrage), so liegt ein pactum de mutuo accipiendo vor.

Anderen etwa zu verpfändende Sache selbst zum Pfande unter den mit einem Dritten vereinbarten Bedingungen zu erhalten, also nicht nur bei antichretischer Verpfändung, sondern auch wegen des Besitzes (insbesondere im Hinblick auf die Möglichkeit künftigen Eigenthumserwerbes z. B. in Folge eines pactum de contrahendo, insbesondere eines Vorkaufsrechtes, aber auch eines Rückkaufsrechtes u. dgl. m.), ferner mit Rücksicht auf eine bereits bestehende Nachhypothek[19]) u. s. w. Derartige Vorverpfändungsrechte kamen in früherer Zeit nicht selten in Familienverträgen des hohen Adels vor. Ihr Gegenstand ist die Mitwirkung zum Abschlusse des Pfandvertrages[20]); im Uebrigen finden die auf das Vorkaufsrecht bezüglichen Regeln entsprechende Anwendung[21]). Theoretisch möglich, aber kaum vorkommend und praktisch zumeist auch nicht durchführbar, würde ein Vortauschrecht sein, denn der Berechtigte wird regelmäßig nicht in der Lage sein, die vom Verpflichteten für eine individuelle Sache mit einem Dritten vereinbarte Gegenleistung zu erfüllen, so daß die Beschränkung

[19]) S. die vorige Anmerkung. Von der Absicht der Vertragschließenden hängt es ab, ob ein Vorverleihungs- oder ein Vorverpfändungsrecht, oder ob beide Rechte neben einander bestehen sollen, bezw. das letztere als accessorium des ersteren.

[20]) Findet die Verpfändung ohne Besitzübertragung statt, so entsteht nur ein dinglicher Vertrag (v. Savigny System des Röm. R. Bd. 3 S. 313). Ist nun das Vorverpfändungsrecht durch Vertrag begründet, so entsteht die Frage, ob der begründende Vertrag als pactum de contrahendo angesehen werden darf. Ein fest eingewurzelter Sprachgebrauch soll das Gebiet der Vorverträge nur auf obligatorisches contrahere beschränken (Göppert in der Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 14 S. 403 fg., Degenkolb in der Zeitschr. für Schweiz. Recht 1891 Bd. 32 S. 259). Ich möchte mich der Ansicht zuneigen, daß der Sprachgebrauch hier so wenig maßgebend sein kann, als er maßgebend hinsichtlich der früher herrschend gewesenen Meinung war, unter Vertrag sei nur der obligatorische Vertrag zu verstehen. Jedenfalls handelt es sich hierbei nur um eine terminologische Streitfrage, die auf das materielle Rechtsverhältniß keinen Einfluß üben kann. Vgl. auch Degenkolb Begriff des Ververtrages S 18 fg.

[21]) Die Thatsache, daß „malitiosi cautelarum magistri" es oft verstanden, die Ausübung eines Vorkaufsrechts dadurch zu erschweren, daß sie die Sache, auf die sich das Vorkaufsrecht bezog, für einen, ihren wahren Werth weit übersteigenden Betrag verpfändeten, bestimmte die frühere Praxis dazu, in dem Vorkaufsrechte auch ein Vorverpfändungsrecht zu erblicken, dabei aber dem Richter die Befugniß zuzusprechen, an Stelle der mit dem Dritten vereinbarten Gegenleistung eine nach dem wahren Werthe der Sache bemessene Gegenleistung treten zu lassen. Vgl. Schilter Prax. jur. Rom. 1733 Exerc. 30 § 140, der eine Entscheidung von 1676 mittheilt, in der dem Vorkaufsberechtigten gestattet wurde, gegen Zahlung oder nöthigenfalls Hinterlegung der Taxe „sich der verpfändeten Sache auf zwei Jahre anzumaßen." Vgl. auch Berger l. c. § 16, Pufendorf Observat. juris univ. 1744 Tom. 1 obs. 133 § 13, Mevius Comment. in Jus Lubec. Lib. 3 tit. 7 art. 1 n. 21, Leyser Med. ad Pand. P. 3 spec. 104 cor. 1, Mueller ad Leys. Tom. 2 obs. 407, Stobbe Privatr. Bd. 2 § 89 Anm. 15.

des jus protimiseos auf den einzigen Fall des Abschlusses eines Tauschvertrages für den Berechtigten nahezu werthlos ist. Wohl aber kann es in Verbindung mit einem eigentlichen Vorkaufsrechte für den Berechtigten werthvoll sein, während die Frage, ob das Vorkaufsrecht auch gelegentlich eines vom Verpflichteten abgeschlossenen Tauschvertrages geltend gemacht werden kann, unten (§ 7 Z. 2) zu erörtern ist[22]).

Endlich kann es vorkommen, daß Jemanden für den Fall, daß der Verpflichtete mit einem Dritten einen Gesellschaftsvertrag abschließen sollte, die Befugniß eingeräumt wird, unter den gleichen Bedingungen mit dem Verpflichteten in ein Gesellschaftsverhältniß zu treten, d. h. an Stelle des Dritten[23]), denn wenn dem Berechtigten nur die Befugniß zusteht, unter den gleichen Bedingungen in die Gesellschaft aufgenommen zu werden, unter denen der Dritte aufgenommen wurde, so liegt ein gewöhnliches pactum de ineunda societate vor, bei dem die Rechtsverhältnisse des einen Gesellschafters indirekt bestimmt worden sind[24]). Diesen Fall des jus protimiseos kann man als Vorgesellschaftungsrecht bezeichnen.

Andere als die hier erwähnten Fälle des jus protimiseos werden nicht leicht vorkommen. Die für das Vorkaufsrecht i. e. S. geltenden Regeln finden für die anderen Arten des jus protimiseos sinngemäße Anwendung, soweit nicht die Eigenthümlichkeiten des betreffenden Vertrages Abweichungen bedingen[25]).

---

[22]) Sintenis a. a. O. § 116 Anm. 240 (S. 644) wollte vermuthlich nicht den Vortauschvertrag, sondern das Vorkaufsrecht gelegentlich eines vom Verpflichteten abgeschlossenen Tauschvertrages erwähnen. — Der Fall, daß im Voraus die Annahme einer bestimmten Sache verabredet war, vgl. Wening-Ingenheim a. a. O. Anm. e, gehört nach dem oben bereits bei Besprechung der L. 122 § 3 Dig. 45.1 Bemerkten nicht hierher; es liegt dann kein Fall des jus protimiseos, sondern ein bedingtes pactum de permutando vor.

[23]) Dies folgt aus dem Begriffe des jus protimiseos: Anspruch auf Vorzug in der Erfüllung des mit dem Berechtigten zu schließenden Vertrages (s. oben § 1). Der Vorzug in solutione ist hier besonders bedeutsam.

[24]) Dem Erfordernisse der Bestimmtheit des abzuschließenden Vertrages muß dadurch genügt sein, daß die Absicht, eine Vereinigung von Vermögen vorzunehmen (L. 31, 32 Dig. pro socio 17.2), der Zweck der Gesellschaft (L. 5 pr., L. 7, 69, 71 Dig. eod.) und die Leistungen der Gesellschafter (Sintenis Civilr. Bd. 2 § 121 S. 704 fg., Entsch. R. O. H. G. 8/2 1873 Bd. 9 S. 38 ff.) bestimmt sind. Die Vertheilung von Gewinn und Verlust folgt, in Ermangelung anderer Bestimmung, der gesetzlichen Regel, vgl. Gajus III. 150, § 3 Inst. de societ. 3.25, L. 29 pr. Dig. eod., abw. die citirte Entsch. des R. O. H. G.

[25]) Vgl Sächs. G. B. § 1140, Motive zu § 181 fg. Deutschen Entw. (Bd. 2 S. 348).

§ 6.

Wirkungen des jus protimiseos.

Gegenstand des jus protimiseos ist contrahere, näher: Mitwirkung zum Abschlusse eines Vertrages, also facere (s. § 5). Der Abschluß des Vertrages erfüllt mithin die Verbindlichkeit des aus dem jus protimiseos Verpflichteten. Von da an tritt der Vertrag selbst in Wirksamkeit, Rechte und Verbindlichkeiten begründend, die zwar als letzter Zweck des jus protimiseos erscheinen, im Rechtssinne aber nicht aus diesem, sondern aus dem Vertrage selbst entspringen. Vgl. L. 44 i. f. Dig. de solutionibus et liberationibus 46. 3 (Marcianus libro secundo regularum) . . Tantundem est et si damnatus fuerit alicui vendere vel locare: nam vendendo vel locando et liberatur ex testamento heres et obligat sibi legatarium[1]). Die aus dem Vertrage entspringenden Verbindlichkeiten entziehen sich unserer Erörterung, denn im Rechtssinne haben sie mit dem jus protimiseos nichts zu thun.

Das jus protimiseos hat facere zum Gegenstande. Es ergreift also nicht die Sache selbst, es nöthigt vielmehr nur die Person des Verpflichteten zur Vornahme einer Handlung. Das jus protimiseos wirkt also obligatorisch. Es gewährt ein Forderungsrecht, nicht aber ein dingliches Recht.

Vorbehältlich der unten zu erwähnenden Ausnahmen ist dieser Satz für das durch Vertrag begründete jus protimiseos seit langer Zeit anerkannt[2]); man war darüber einverstanden, daß

[1]) Vgl Degenkolb Begriff des Vorvertrages S. 20 fg., 46. Bechmann Kauf Th. 2 Abth. 1 S. 270 fg Aus der Praxis: Entsch. O. A G. Celle 28/3. 1876 (Seuff. Arch. Bd. 31 Nr. 291)

[2]) Außer den bei Walch a. a. O. S. 94 Anm. 5 Genannten vergl. u. A. Carpzov Jurisprud. forens. P. 2 const. 32 def. 8 n. 4, Berger l. c. § 24 sq., Harpprecht Responsa Tubing. Vol. 6 (1708) resp. 95 u. 93, Stryk Usus mod. Pand. Lib. 18 tit. 1 § 14, Leyser Med. ad Pand. P. 3 spec. 192 med. 6, Madihn l. c. § 8, Glück Bd. 16 S. 167, Brueckner l. c. pag. 27, Bucher Recht der Forderungen 2. Aufl. 1830 S. 226, Schweppe a. a. O. § 424, Koch a. a. O. § 242 zu Anm. 2, Schilling a. a. O. Anm. y, Thibaut a. a. O. Anm i, Sintenis a. a. O. S. 644, Renaud a. a. O. S. 398, Badische Annalen Bd. 37 S. 182, Holzschuher a. a. O. Z. 1, Windscheid a. a. O. Anm. 10, Bechmann Kauf Th. 2 Abth. 1 S. 278; ferner Seuff. Arch. Bd. 7 Nr. 37 (Lübeck 28/10. 1836), Bd. 31 Nr. 291 (Celle 28./3. 1876), Bd. 32 Nr. 43 (München 22/3. 1876), Bd. 38 Nr. 42 (Reichsg. 2./12. 1881), Bolze Praxis des Reichsg. Bd. 1 Nr. 1073 (Entsch 24./4. 1885, auch in der Juris. Wochenschr. 1885 S. 220 Z. 16). — Auf demselben Standpunkte steht die französische Jurisprudenz, vgl. Laurent Principes de droit civil t. 24 n. 135, Zachariä Handb. des französ. Civilr. Bd. 2 § 352 Anm. 3; ferner Zürich. G. B. § 1457, Schaffhaus. G. B. § 1388 u. s. w., Deutsch. Entw. § 481 vgl. mit § 952.

beim Vorkaufsrechte i. c. S. erst durch die zur Erfüllung des abgeschlossenen Kaufvertrages an den Berechtigten erfolgende Tradition[3]) dem Berechtigten dingliche, gegen Jedermann wirkende Rechte an der Sache zustünden und daß ohne solche Tradition der Berechtigte auf seinen persönlichen Anspruch gegen den Verpflichteten beschränkt bleibe. In den Fällen des auf Gesetz beruhenden jus protimiseos nahmen dagegen manche Schriftsteller dingliche Wirkung an[4]), oder wenigstens dann, wenn es „dauernd und nicht nur für einen einzelnen Fall zustehe“[5]). Allein jedes Vorkaufsrecht steht nur für einen einzelnen Fall zu, nämlich den des Vertragsschlusses zwischen dem Verpflichteten und einem Dritten; wenn jene Ansicht aber einen Unterschied zwischen Vorkaufsrechten machen wollte, bei denen ein längerer Zeitraum zwischen der Begründung und der Entscheidung des Schwebezustandes besteht und anderen, bei denen dies nicht der Fall zu sein pflegt, so können diese rein thatsächlichen Umstände keine Berechtigung zu einer verschiedenartigen Behandlung geben. Die Quellen bieten keinen Anhaltspunkt für die behauptete dingliche Wirkung gesetzlicher Vorkaufsrechte; nirgends ist dort angedeutet, daß der Vorkaufsberechtigte einen Anspruch gegen den Dritten habe[6]). Die Verpflichtung des Emphyteuta insbesondere geht darauf, zum Abschlusse des Kaufvertrages mitzuwirken, wenn dies der Eigenthümer des emphyteutischen Grundstücks verlangt, also auf Mitwirkung zum Abschlusse eines obligatorischen Vertrages[7]). Nicht wesentlich anders verhält es sich aber auch mit dem Vorkaufsrechte der Gläubiger und Verwandten eines

[3]) Manche ältere Schriftsteller haben die Tradition für überflüssig gehalten in eo casu, ubi primus venditor diserte pactus, ut oblato a se pretio fundi dominium ad se revertatur (vgl. Berger l. c. § 23, Struv Syntagma jurispr. ed. Mueller 1718 Exercit. 23 thes. 48 und die daselbst Citirten). Allein derartige Fälle gehören überhaupt nicht hierher; Eigenthumsrückfall in Folge auflösender Bedingung und Anspruch auf Vertragsschluß kraft Vorkaufsrechtes sind streng auseinander zu halten. Abw. auch Unterholzner a. a. O.

[4]) Vgl. u. A. Boehmer Introd. in jus Dig. Lib. 18 tit. 1 § 36.

[5]) Vgl. Koch a. a. O. § 242 hinter Anm. 3. Als Beispiel für Vorkaufsrechte die nicht dauernd, sondern nur für den einzelnen Fall zustehen sollen, führt Koch die addictio in diem an, die aber nach dem oben § 3 Z. 3 Bemerkten überhaupt nicht hierher gehört.

[6]) Vgl. Glück Bd. 16 S. 172, Schweppe a. a. O., Puchta Vorlesungen § 360, Holzschuher a. a. O. S. 838 Anm. Anders Preuß. L. R. I. 20 § 573 fg., § 631 fg.

[7]) L. 3 Cod. de jure emphyt. 4. 66: . . . ipsum dominum omnimodo haec comparare. Vgl. v. Bülow und Hagemann Prakt. Erörterungen Bd. 3 Nr. 32 S. 196, Brueckner l. c. pag. 26 sq. Abw. u. A. Carpzov Jurisprud. forens. P. 2 const. 31 def. 6 (Urtheil von 1631), Hofacker Princ jur. civ. 1802 T. 3 § 1963, Kayser a. a. O. S. 1172.

Gemeinschuldners, denn das potior haberi bezieht sich nicht auf die Sache, sondern auf den Zuschlag, also den Abschluß eines obligatorischen Vertrages zwischen dem Berechtigten als Offerenten und dem magister bonorum, bezw. auf die Tradition durch den magister bonorum[8]).

Auch das auf letztwilliger Verfügung beruhende Vorkaufsrecht erzeugt keinen dinglichen Anspruch: der Beschwerte (Erbe, Vermächtnißnehmer, von Todeswegen Beschenkte u. s. w.) ist zu einem facere verpflichtet, nicht zu einem dare, geschweige denn, daß der Berechtigte dinglichen Anspruch auf die Sache hätte, auf die sich das Vorkaufsrecht bezieht[9]). Sein Anspruch ist vielmehr ein persönlicher, die actio ex testamento[10]). Daran ändert auch nichts das dem Vermächtnißnehmer gesetzlich zustehende Pfandrecht[11]), ganz abgesehen davon, daß es sich nur auf dasjenige bezieht, was der Beschwerte aus der Erbschaft erhalten hat, während das Vorkaufsrecht auch an einer Sache des Erben oder eines Dritten letztwillig eingeräumt worden sein kann (§ 4 Z. 1).

Hiernach giebt es gemeinrechtlich[12]) nur persönliche Vorkaufsrechte, nicht aber solche mit dinglicher Wirkung[13]). Der Berechtigte vermag daher, wenn ein Dritter Eigenthumsrecht an der Sache, auf die sich das Vorkaufsrecht bezieht, erworben hat,

[8]) S. oben § 2 Z. 2. — Brueckner l. c. pag. 27 gesteht dem Berechtigten eine condictio ex lege zu.

[9]) Im Mittelalter für die durch letztwillige Verfügung begründete obligatio ad vendendum bestritten, vgl Bartolus ad L. 52 (L 49 § 8) Dig. de legat I, ad L. 39 § agri plagam (L. 41 § 9) Dig. de legat. III, Mantica Vatican. Lucubrat. de tacitis et ambiguis conventionibus 1661 Lib. 3 tit. 4 n. 9.

[10]) Vgl. Carpzov. Jurisprud. forens. P. 2 const. 32 def. 9, Berlich Conclus. practicab. P. 2 concl. 40 n. 74 sqq., Madihn l. c. § 8 pag. 24 sq., v. Berg Jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle Th 3 (1806) S. 229 Z. 4, Brueckner l. c. pag. 28, Koch a. a. O. § 242 zu Anm. 2, und im Allgemeinen L. 5 pr. Dig. de act. empt. 19. 1 (Paulus libro tertio ad Sabinum): Si heres testamento quid vendere damnatus sit et vendiderit, de reliquis, quae per consequentias emptionis propria sunt, vel ex empto vel ex testamento agi cum eo poterit. Abw. u. A. Boehmer Introd. in jus Dig. Lib. 18 tit. 1 § 36.

[11]) L 1. 2 Cod. comm. de legat. 6. 43. Hierauf stützten manche ältere Schriftsteller die Richtigkeit der gegen ein testamentarisches Retrakrecht stattgehabten Veräußerung und ließen trotzdem den Anspruch gegen den Dritten zu, vgl. Glück Bd. 16 S. 168 ff. Dagegen mit Recht Renaud in der Zeitschr. für deutsches Recht Bd. 8 S. 262. Für das gemeinrechtliche Vorkaufsrecht hält die Ansicht jener Schriftsteller fest Curtius Sächs. Civilr. Bd. 4 § 1417.

[12]) Anders nach Preuß. L. R. I. 20 § 631, 570, 573, Oesterr. G. B. § 1073, 1079, Sächs. G. B. § 1124, 1126, 1129, Deutsch. Entw. § 952 ff u. s. w.

[13]) Vgl. Unger Oesterr. Privatr. Bd. 1 S. 570 fg.

die Sache vom Dritten nicht in Anspruch zu nehmen[14]). Auch die Vereinbarung, daß das Vorkaufsrecht dingliche Wirkung haben solle, vermag den beabsichtigten Erfolg, wenigstens nach gemeinem Rechte, nicht herbeizuführen, denn die Verpflichtung zum facere ist begrifflich persönlicher Natur, die Parteien aber haben nicht die Macht, ein persönliches Recht zum dinglichen zu machen und dadurch Dritte ihren Launen zu unterwerfen; selbst ein vertragsmäßiges Veräußerungsverbot könnte durch eine hierauf bezügliche Vereinbarung ja keine dingliche Wirkung erlangen[15]). Wie für jede Obligation übrigens ein Pfandrecht bestellt und dadurch die Erfüllung gesichert werden kann, so kann auch zu Gunsten des Vorkaufsanspruchs ein Pfandrecht an der Sache, auf die sich das Vorkaufsrecht bezieht, bestellt werden[16]); an der rechtlichen Natur des Anspruches des Vorkaufsberechtigten wird jedoch dadurch nichts geändert, und auch vom wirthschaftlichen Standpunkte aus betrachtet, kann die Verpfändung dem

---

[14]) Abweichend davon ist die Ansicht Kochs (a. a. O. § 243 Z. IV), der annimmt, daß das dingliche Vorkaufsrecht nach gemeinem Rechte gegen jeden dritten Besitzer gehe „welcher willens ist zu verkaufen", keineswegs gegen den dritten Besitzer auf Herausgabe der ihm bereits übergebenen Sache, die er zur Zeit weiter zu verkaufen gar nicht beabsichtige. Ein Grund für diese Beschränkung läßt sich wohl nicht angeben; anders auch Preuß. L. R. I. 20 § 631, Deutsch. Entw. § 957.

[15]) In letzterer Beziehung theilweise unrichtig Glück Bd. 16 S. 168 zu Anm. 72 und W. H. Puchta Handb. des Verfahrens in nichtstreit. bürgerl. Rechtssachen 1821 Bd. 2 § 136. — Ein Plenar-Urtheil des Obersten Gerichtshofes für Bayern vom 22./3. 1876 (Samml. Bd. 5 S. 825, auch in Seuff. Arch. Bd. 32 Nr. 43 und den Bl. für Rechtsanw. Bd. 41 S. 220) nimmt an, daß dem Vorkaufsrechte durch darauf zielende bloße Verabredung dingliche Wirkung verschafft werden könne, während der Eintrag im Hypothekenbuch jene Wirkung lediglich sichere. Ueber die letztere Behauptung s. die folgende Anmerkung; die erstere wird vom Standpunkte des Cod. Maxim. Bavar. aus gebilligt von Roth Deutsches Privatr. Bd. 3 § 328 Anm. 47, vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus für den vertragsmäßigen Retrakt bestritten von Stobbe Privatr. Bd. 2 § 89 Anm. 5. Ueber älteres deutsches Recht vgl das. § 88 Anm. 5, Bd. 3 § 175 Anm. 13 Für das gemeinrechtliche Vorkaufsrecht kann die bei Windscheid a. a. O. Anm. 10 aufgeworfene Frage jedenfalls nicht in Betracht kommen.

[16]) Carpzov Jurisprud. forens. P. 2 const. 32 def. 11, Berger l. c. § 26, Stryk De success. ab intest. Diss. 6 c. 4 § 3 und Usus mod. Pand. Lib. 18 tit. 1 § 24, Cannegiesser Decis. Hasso-Casselan. Tom 2 dec. 58 (1790), Walch a. a O. S. 94 Anm 5, Glaproth Rechtswiss. von Verträgen und Contrakten Th. 2 § 286, Mühlenbruch a. a. O. Anm. 9, W. H. Puchta an dem in der vorigen Anm. a. O., Seuffert a. a. O., Schilling a a O. Anm. f; ferner Preuß. L. R. I. 20 § 570 ff. (dazu Dernburg Preuß. Privatr. Bd. 1 § 380 Anm. 10 ff.); Oesterr. G. B. § 1073, 1079 (dazu Unger Oesterr. Privatr. Bd. 1 S. 519); für Bayern: Samml. der Entsch des Obersten Gerichtshofes Bd. 4 S. 609, Bd. 5 S. 827, Bd. 10 S. 182; für Württemberg: Württemb. Arch. Bd. 12 S. 376; für Baden: Bad Annalen Bd. 37 S. 182.

Berechtigten den künftigen Besitz der Sache nicht sichern, denn — abgesehen von der Frage, ob sich der Verpflichtete durch Leistung des Interesses von seiner Verbindlichkeit befreien kann [17]) — führt das Pfandrecht zum Verkaufe der Sache, bei dem auch Dritte sie zu erwerben vermögen [18]).

Obligatorische Ansprüche binden nur den Verpflichteten und dessen Rechtsnachfolger. Kann ein Dritter, der die Sache, auf die sich das Vorkaufsrecht bezieht, erworben hat, selbst dann nicht belangt werden, wenn er beim Erwerbe Kenntniß davon hatte, daß die Sache von dem Berechtigten kraft Vorkaufsrechtes verlangt werden könne? Man sollte glauben, daß die Rechtsregel „Kauf bricht Miethe" allein schon die Bejahung der Frage ausschließen würde. Trotzdem ist sie von älteren Schriftstellern nicht selten bejaht worden [19]), und auch in neuerer Zeit finden sich zustimmende Erklärungen [20]), die sich vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus nicht billigen lassen. Von einem dolus des Erwerbers kann ganz und gar nicht die Rede sein; für die Erfüllung der Vorkaufsverbindlichkeit haftet der dritte Erwerber als solcher nicht, er wird durch die obligatio ad contrahendum so wenig berührt als durch das Bestehen einer beliebigen anderen Verbindlichkeit des Vorkaufsverpflichteten und er braucht daher auf das bestehende Vorkaufsrecht keine Rücksicht zu nehmen [21]).

[17]) s. unten § 14. Vgl. auch bezüglich des Retraktes: Schmidt Theoretisch-praktischer Comm. über seines Vaters Lehrb. 2. Aufl. Bd. 4 § 921 Anm. t und die das. Citirten.

[18]) Vgl. Schilling a. a. O. Anm. f. — Durch Eigenthumsvorbehalt, wo Grundbücher bestehen mit entsprechendem Eintrage im Grundbuche, vermag sich der Berechtigte allerdings zu sichern. (Ob der Eigenthumsvorbehalt auf aufschiebender oder auflösender Bedingung beruht, ist gleichgültig; abw. Bluhme Encyclopaedie der in Deutschland geltenden Rechte 2. Aufl. Abth. 2 § 313 Anm. 64.) Allein mit dem Vorkaufsrechte als solchem hat dies nichts zu thun, und abgesehen davon ist auch hier die Frage bedeutsam, ob der Verpflichtete sich nicht durch Interesseleistung befreien kann (s. vor. Anm.).

[19]) Vgl. u. A. Carpzov Jurisprud. forens. P. 2 const. 32 def. 12, Mevius Decis. P. 5 dec. 22, Berger l. c. § 27, Stryk De succes. ab intest. Diss. 6 c. 4 § 3, Wernher Sel. observ. forens. Tom. 1 P. 2 obs. 425 pag. 832, Berger Oecon. juris Lib. 3 tit. 5 § 14, Schilter Praxis jur. Rom. Exerc. 30 § 139 (der den Fall der Insolvenz des Verkäufers ebenso behandelt wissen will), Böhmer Auserles. Rechtsfälle Bd. 1 Nr. 32 S. 250 ff.

[20]) Kayser a. a. O.

[21]) Richtig: Struv. Syntagma jurispr. Exerc. 23 th. 48, Hommel Rhaps. quaest. Vol. 6 obs. 883, Walch a. a. O. S. 94 Anm. 5. vgl. auch S. 304, Seuff. Arch. Bd. 7 Nr. 37 (Lübeck 28./10. 1836), O. L. G. Stuttgart 30./12. 1879 im Württemberg. Arch. Bd. 21 S. 232, Motive zu § 481 fg. Deutschen Entw. (Bd. 2 S. 347 zu Anm. 2). An der Haftung des bösgläubigen Erwerbers haben festgehalten Preuß. L. R. I. 20 § 630, 639 ff., Sächs. G. B. § 1124, Graubündtner G. B. § 408, u. a.

Freilich kann sich die Veräußerung der Sache, auf die sich das Vorkaufsrecht bezieht, als paulianisch anfechtbar darstellen, wenn die gesetzlichen Erfordernisse vorhanden sind. Dazu gehört auch, daß eine Geldschuld besteht[22]), deren Verwirklichung durch die Veräußerung vereitelt worden ist. Die obligatio ad contrahendum kann daher nicht als solche, sondern erst nach Umwandlung in den Interessenanspruch zur Grundlage für das Paulianische Rechtsmittel dienen, welches letztere dann auch nur die Befriedigung dieser Geldschuld durch Rückgewähr in das Beschlagsrecht des Gläubigers erstrebt. Eine Geltendmachung des Vorkaufsanspruches dem dritten Erwerber gegenüber findet also auch hier nicht statt.

Haben wir sonach den Satz, daß das jus protimiseos nur obligatorisch wirke und einen Anspruch gegen den dritten Erwerber nicht gewähre, nach gemeinem Rechte als einen ausnahmslosen befunden, so kann von einem „Vorzuge" des Berechtigten vor dem dritten Erwerber nicht die Rede sein. Der Verpflichtete steht zwei Ansprüchen gegenüber und es steht in seiner Macht[23]), durch Abschluß des Vertrages mit dem Vorkaufsberechtigten und durch Erfüllung dieses Vertrages die Befriedigung des Vorkaufsberechtigten, oder durch Erfüllung des mit dem Dritten geschlossenen Vertrages die Befriedigung des Dritten herbeizuführen. Er haftet beiden Ansprüchen[24]), dem später, wie dem früher entstandenen, denn die Priorität kommt hier nicht in Betracht. Kraft des Vorkaufsanspruches ist er aber obligatorisch gehalten, den mit dem Vorkaufsberechtigten geschlossenen Vertrag vorzugsweise zu erfüllen. Das ist nicht eine Konsequenz des, für das Obligationenrecht überhaupt nicht geltenden Satzes prior tempore potior jure, zumal ja der Vertrag mit dem Dritten dem Vertrage mit dem Berechtigten vorausgeht, und dem Vertrage mit dem Dritten ein Vorvertrag vorausgehen kann (pactum de vendendo u. s. w.),

[22]) Vgl. Entsch Reichsg. 12. 5. 1887 (Bd. 18 S. 145) und 3/11. 1887 (Bd. 19 S. 204); Cosack das Anfechtungsrecht der Gläubiger 1884 § 9 a. E., Kohler Lehrb. des Konkursrechts 1891 § 38 S. 207.

[23]) Daß durch den Richter im Wege der Zwangsvollstreckung oder, unter gegebenen Umständen, des Arrestes in das freie Belieben des Vorkaufsverpflichteten eingegriffen werden kann, bedarf keiner Erörterung. (Vgl. auch Berlich Decis. aureae P. 1 dec. 123).

[24]) Vorsichtiger Weise wird der Verpflichtete den Vertrag mit dem Dritten nur unter der auflösenden oder aufschiebenden Bedingung abschließen, daß der Vorkaufsberechtigte von seinem Vorkaufsrechte Gebrauch bezw. keinen Gebrauch machen sollte. — Nicht in diesen Zusammenhang gehört es, daß sich der Verpflichtete darauf dem Berechtigten gegenüber nicht berufen darf, vgl. unten § 9 Z. 2.

der älter ist als der das Vorkaufsrecht begründende Akt[25]). Es ist vielmehr eine Konsequenz des Vorkaufsrechtes als solchen, ein Theil der aus ihm hervorgehenden obligatorischen Verbindlichkeit[26]). Die praktische Bedeutung dieses Anspruches auf Vorzug ist eine beschränkte; sie findet hauptsächlich nur da statt, wo Gegenstand des Vertrages die Vornahme einer Handlung ist, die durch Dritte nicht vorgenommen werden kann. Hier, beispielsweise bei einer locatio conductio operarum bezw. operis, kann der Fall eintreten, daß der Dritte und der Vormiethberechtigte die Zwangsvollstreckung gemäß § 774 C. P. O. betreiben; der Richter muß dann den auf Erzwingung der Handlung durch Erkennung von Geld- oder Haftstrafe gerichteten Antrag des Dritten sistiren, bis der gleiche Antrag des Vormiethberechtigten seine materielle oder prozessuale Erledigung gefunden hat. Im Uebrigen setzt sich dagegen der dem Vorkaufsberechtigten u. s. w. zustehende Anspruch auf Vorzug in der Erfüllung des Vertrages im Falle der Verletzung dieses Anspruches in einen Entschädigungsanspruch um, wie bei Verletzung jeder anderen Verbindlichkeit.

Eigenthum an der Sache, auf die sich das Vorkaufsrecht i. e. S. bezieht, erlangt der, dem sie zuerst tradirt worden ist[27]). Allein dadurch wird das Vorkaufsrecht zunächst nicht beeinträchtigt, da seine Erfüllung, d. h. der Vertragsschluß, überhaupt nicht, und die Erfüllung des aus dem Vertragsschlusse erwachsenden Anspruches dann nicht ausgeschlossen ist, wenn der Verpflichtete die Sache vom Dritten zurückerwirbt. Auf das Nähere

[25]) Abw. u. A. Carpzov. Jurisprud. forens. P. 2 const. 32 def. 10, der, solange der Dritte noch nicht Eigenthum erworben hatte, den Satz prior tempore potior jure gelten lassen wollte. Vgl. auch Stryk De success. ab intest. Diss. 6 c. 3 § 28 sq.

[26]) Vgl. die Entsch. des O. A. G. Celle 10./2. 1875 in Seuff. Arch. Bd. 30 Nr 247, in der ausgeführt wird, daß der Vorkaufsanspruch erst nach dem vollständigen Abschlusse des Vertrages mit dem Dritten geltend gemacht werden könne, und weiter: „Der erstinstanzliche Richter scheint die Bedeutung des Vorkaufsrechtes in der zeitlichen Bevorzugung des Vorkaufsberechtigten, in dem prior tempore zu finden, während dasselbe doch wesentlich in der demselben gebührenden, freilich nur unter den Contrahenten selbst wirksamen rechtlichen Bevorzugung, dem potior jure besteht." Damit kann nur Bevorzugung in der Erfüllung des abgeschlossenen Vertrages gemeint sein; vgl. oben § 1.

[27]) L. 15 Cod. de rei vindic. 3. 32. Wo partikularrechtlich Auflassung zum Eigenthumserwerbe gehört, entscheidet die Priorität dieser; Stobbe Privatr. Bd. 2 § 95. Nach Partikularrecht ist auch zu bemessen, ob dem Dritten (Käufer) oder auch dem Vorkaufsberechtigten obgleich des Letzteren Anspruch erst auf facere gerichtet ist ein Sicherungsrecht (Vormerkung, Sperre) zusteht; vergl. für Württemberg Entsch. des O. L. G. Stuttgart 30./12. 1879 im Württemb. Arch. Bd. 21 S. 231 ff., für Schweiz Entsch. Appellg. Basel 29./5. 1890 in Zeitschr. für Schweiz. R. Bd 32 S. 115.

ist erst unten (§ 14) einzugehen; hier ist nur festzustellen, daß die für den Retrakt[28]) und partikularrechtlich auch für gesetzliche Vorkaufsrechte[29]) viel erörterte Frage des Vorzuges beim Zusammentreffen mehrerer Berechtigter[30]) für das gemeinrechtliche jus protimiseos wegen dessen ausschließlich obligatorischer Natur bedeutungslos ist. Jeder der mehreren Vorkaufsberechtigten hat, gleichmäßig mit den Uebrigen, Anspruch auf contrahere, und nach dem Vertragsschlusse, ebenfalls gleichmäßig mit den Uebrigen, mit denen ein Vertrag seitens des Verpflichteten geschlossen wurde, Anspruch auf Erfüllung, mit Anspruch auf Vorzug vor dem Dritten, nicht aber mit Anspruch auf Vorzug vor den übrigen Vorkaufsberechtigten[31]).

Es ist nun noch kurz auf die wesentlichsten Unterschiede zwischen Vorkaufsrecht und Retrakt einzugehen.

Der Retrakt[32]) bezieht sich regelmäßig nur auf unbewegliche Sachen[33]); er geht gegen den dritten Erwerber und setzt daher voraus, daß dieser auf Grund des mit dem

---

[28]) Vgl. Walch a. a. O. S. 507—540 und die dort Citirten, Gerber Privatr. Bd. 2 § 177 a. E., Stobbe, Privatr. Bd. 2 § 90.

[29]) Vgl Preuß. L. R. I. 20 § 587 ff. und Koch a. a. O. § 244.

[30]) Ueber Collision eines (dinglichen) Vorkaufsrechtes und einer Hypothek nach Preuß. Rechte vgl. Entsch. Reichsg. 9./2 1881 (Bd. 4 S 230); über Collision des gesetzlichen und des durch Vertrag begründeten Retraktes vgl. Walch a. a. O. S. 512, der dem gesetzlichen, Voet Comment. ad Pand. Lib. 18 tit. 3 § 30, der dem vertragsmäßigen Retrakt den Vorzug ertheilte, während neuere Schriftsteller beide gleichstellen, Beseler Privatr. § 94 Z. VIII

[31]) Die Lehrbücher führen den Satz nach, daß bei Vermiethung der Dienste an verschiedene Personen für denselben Zeitraum, der frühere Miether vorgehe, L 26 Dig. locati 19. 2 (vgl. Arndts Pand § 314, Dernburg Pand. Bd. 1 § 42 Anm. 10). Abgesehen davon, daß die Quellenstelle u. E. für uns nur Bedeutung für die Zwangsvollstreckung nach § 774 C. P. O. hat (s das vorhin Bemerkte; im Uebrigen hat jeder der mehreren Miether gleichen Anspruch auf Erfüllung oder Schadenersatz), bezieht sie sich jedenfalls nicht auf Vorverträge (vgl. Degenkolb Neue Beiträge zur Lehre vom Vorvertrage im Arch. für civ. Pr. Bd. 71 S. 77, 78 fg.) Sie kommt daher bei einer Collision mehrerer Vormiethrechte (jus protimiseos hinsichtlich locatio operarum) für den Anspruch auf contrahere jedenfalls nicht in Betracht. Für den Anspruch auf Erfüllung des geschlossenen Vertrages (der locatio operarum) gelten die allgemeinen Grundsätze: Anspruch auf Vorzug vor dem Dritten, nicht aber vor den übrigen Vormiethberechtigten, mit denen ebenfalls der Vertrag geschlossen ist, es sei denn, daß die Verträge (Hauptverträge) zu verschiedenen Zeiten geschlossen wurden. Im letzteren Falle kommt die L. 26 Dig. 19. 2 cit. zur Anwendung mit ihrer allerdings beschränkten praktischen Bedeutung.

[32]) Literatur bei Beseler System des Deutschen Privatrechts 4. Aufl. Bd. 1 § 94 Anm 7, Stobbe Handb. des Deutschen Privatrechts 2. Aufl. Bd. 2 § 89 Anm. 1, Roth System des Deutschen Privatrechts Bd. 3 § 328.

[33]) Walch a. a. O. S. 127 fg., Gerber System des Deutschen Privatrechts § 176 Anm. 2, Stobbe a. a. O. § 89 Anm. 2a.

Verkäufer abgeschlossenen Entäußerungsvertrages Besitz der Sache erlangt habe[34]). Er ist deshalb aber — nach der herrschenden Ansicht — kein dingliches, sondern ein gegen jeden Erwerber gerichtetes persönliches Recht; der Retraktsanspruch ist actio in rem scripta[35]). Der Retrakt beruht auf einer Rechtsquelle: Gesetz oder Gewohnheitsrecht[36]); er ist für bestimmte Rechtsverhältnisse (Verwandtschaft, Markgenossenschaft, Nachbarschaft, Lehnsverband u. s. w.) gewährt, auf diese aber auch beschränkt. Daraus folgt, daß durch Rechtsgeschäft, insbesondere durch Vertrag oder Testament, ein Retraktrecht nicht begründet werden kann[37]) und daß das Retraktrecht an die Person des Berechtigten gebunden ist[38]), so daß es weder von Todeswegen, noch unter Lebenden auf einen Anderen übertragen werden kann.

Wie aber im Mittelalter beide Rechte, Vorkaufsrecht und Retrakt, häufig, ja regelmäßig, mit einander verbunden waren[39]), so haben sie auch in Bezug auf die Voraussetzungen für die Geltendmachung des Anspruches, in Bezug auf die Verpflichtungen u. s. w., so viele Berührungspunkte[40]), daß die frühere Jurisprudenz und Gesetzgebung sie oft miteinander vermengte oder

---

34) Walch a. a. O. S. 88, 180 fg., 270 fg., Renaud in der Zeitschr. für Deutsches Recht Bd. 8 S. 267, Gengler Lehrb. des Deutschen Privatrechts 1854 Bd 1 § 88 S. 390 fg., Stobbe a. a. O. § 89 Z. 1 und Anm. 12. — Abw. Beseler a. a. O. § 94 Z. I. —

Wo das Eigenthum nicht durch Besitzübertragung, sondern durch Auflassung erworben wird, ist diese Voraussetzung für die Geltendmachung des Retraktes (s. die eben erwähnten Citate); umgekehrt die Churfächs. Constitutionen von 1572 P. 2 c. 32, die — an die früher herrschend gewesene Auffassung des Vorkaufsanspruches erinnernd — den vertragsmäßigen Retrakt durch die gerichtliche Auflassung erlöschen ließen (Hommel Rhaps. quaest. Tom. 2 obs. 392 pag. 297, Walch a. a. O. S. 297, Stobbe a. a. O. § 89 Anm. 5).

35) Gengler a. a. O. Anm. 25 und S. 391, Gerber a. a. O. § 175 Anm. 3, Stobbe a. a. O. § 89 Z. 3. Gegen die Auffassung als actio in rem scripta Laband im Arch. für civ. Pr. Bd. 52 S. 188 ff. Als dingliches Recht sehen den Retrakt u. A. an Beseler a. a. O. § 94 Z. II, Heusler Institutionen des Deutschen Privatrechts Bd. 2 (1886) S. 63.

36) Gengler a. a. O. S. 387, Gerber a. a. O. § 175 Anm. 6, dem zustimmt Reichsg. 13/10. 1883 (Entsch. Bd. 10 S. 221), Beseler a. a. O. § 94 Anm. 17. — Abw. Renaud in Zeitschr. für Deutsch. R. Bd. 8 S. 259 ff. (vergl. aber auch Heimbach in Weiskes Rechtslex. Bd. 13 S. 287 ff.), Stobbe a. a. O. § 89 Anm. 5 ff., Roth a. a. O. § 328.

37) Abw. manche Partikularrechte, s. die in der vorigen Anm. Citirten.

38) S. unten § 12 Z. 2 und 3.

39) Gerber a. a. O. § 175 Anm. 4, Gengler a. a. O. S. 386, Stobbe a. a. O. § 89 Z. 1. Abw. u. A. Beseler a. a. O. § 94 Z. I.

40) S. auch Walch a. a. O S. 92.

als zusammengehörig behandelte[41]). Neuere Germanisten beklagen diesen Zustand, weil er schädlich für die Entwicklung des Retraktrechtes gewesen sei, allein es kann wohl richtiger umgekehrt behauptet werden, daß das persönliche Vorkaufsrecht unter jener Verbindung mit dem Retrakte in der älteren Literatur mehr zu leiden hatte, zumal es eines festen Stützpunktes in der Justinianischen Compilation entbehrte, wenn man von den für einen Spezialfall, die Emphyteuse, getroffenen Bestimmungen absieht.

§ 7.

Voraussetzung zur Geltendmachung des Vorkaufsrechtes.

Das Vorkaufsrecht i. e. S., zu dessen Betrachtung wir uns im Folgenden besonders wenden, kann nach der oben (§ 1) gegebenen Begriffsbestimmung nur geltend gemacht werden, wenn der Verpflichtete einen Vertrag mit einem Dritten geschlossen hat. Welcher Art der Vertrag sein kann, ist zunächst zu prüfen, sodann ist in § 8 zu erörtern, welchen Einfluß Nichtigkeit und Anfechtbarkeit des mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrages auf den Vorkaufsanspruch üben, und endlich (§ 9), welcher Zeitpunkt für die Geltendmachung des Vorkaufsanspruches maßgebend ist, der des Angebotes seitens eines Dritten, oder der des Vertragsschlusses mit dem Dritten. —

1. Gegenstand des Vorkaufsanspruches ist contrahere, speziell Mitwirkung zum Abschlusse eines Kaufvertrages (§ 5). Der Inhalt des letzteren hängt ab von dem Inhalte eines anderen Vertrages, den der Verpflichtete mit einem Dritten geschlossen hat. Der Abschluß eines Vertrages mit einem Dritten ist also Voraussetzung für die Geltendmachung des Vorkaufsrechtes.

41) Dahin gehört auch Glück, dessen Darstellung Sintenis (a. a. O. S. 643 Anm. 235) als „ganz ungenießbar und für die Anwendung wahrhaft gefährlich" bezeichnet. In noch höherem Maße trifft dieser Vorwurf die vorhergehenden Behandlungen des Vorkaufsrechtes; es läßt sich in vielen Fällen, insbesondere bei Mittheilungen aus der Praxis der Spruchcollegien nicht mit Sicherheit feststellen, ob das persönliche Vorkaufsrecht, oder der (heutzutage allerdings für das gemeine deutsche Privatrecht bestrittene) vertragsmäßige Retrakt gemeint ist. Beide Fälle bezeichnete man häufig als retractus conventionalis. Von welchen Folgen dieser Zustand speziell für das jus protimiseos begleitet war, wird die folgende Darstellung häufig genug zeigen. — Die auf den Retrakt bezüglichen Grundsätze werden hier insoweit erwähnt werden, als sie mit den für das Vorkaufsrecht geltenden übereinstimmen oder als ihre Hervorhebung zur begrifflichen Unterscheidung beider Rechte dienlich erscheint.

Wenn der Inhalt des Kaufvertrages durch den Inhalt eines anderen Vertrages bestimmt werden soll, so kann selbstverständlich nicht jeder beliebige Vertragsschluß in Betracht kommen. Vielmehr muß es sich, wenn bei Begründung des Vorkaufsrechtes nichts anderes bestimmt worden ist, wenigstens um einen Vertrag derselben Art oder doch ähnlicher Art handeln, wie ihn der Vorkaufsberechtigte nach Maßgabe der das Vorkaufsrecht begründeten Quelle (Gesetz, Rechtsgeschäft u. s. w.) mit dem Verpflichteten abzuschließen befugt ist. Wollte man überall Gleichartigkeit fordern, so würde man den Intentionen der Parteien häufig nicht gerecht werden, andererseits aber auch dem Verpflichteten die Möglichkeit geben, das Vorkaufsrecht nach Willkür auszuschließen.

Viele Schriftsteller haben zwar die Geltendmachung des Vorkaufsanspruches beim Vorkaufsrechte i. e. S. davon abhängig gemacht, daß ein eigentlicher „Verkaufsvertrag" mit einem Dritten abgeschlossen worden sei[1]). Allein auf den Namen des Vertrages kann es sicherlich nicht ankommen, sondern darauf, ob der wirklich abgeschlossene Vertrag auf einen dem Verkaufe ähnlichen wirthschaftlichen Erfolg zielt[2]), so daß, nach unbefangener Prüfung der Absicht der das Vorkaufsrecht begründet habenden Personen, angenommen werden kann, daß sie auch in diesen Fällen den Vorkaufsanspruch zur Wirksamkeit gelangen lassen wollten. Es folgt dies weniger aus allgemeinen, hier öfter angezogenen

---

1) Vgl. Carpzov. Jurisprud. forens. P. 2 const. 32 def. 14, Wernher Sel. observat. forens. Tom. 5 P. 7 obs. 75 pag. 161, Voet Comment. ad Pand. Lib. 18 tit. 3 § 10, Unterholzner a. a. O., Curtius Sächs. Civilr. Bd. 4 1423 a, und, wie es scheint, überhaupt die meisten neueren Schriftsteller, die von den ähnlichen Verträgen nichts erwähnen. Vgl. auch Preuß. L. R. I. 20 § 575, Oesterr. G. B. § 1078, Sächs. G. B. § 1118, 1130, Deutsch. Entw. § 481. — Dagegen O. A. G. Dresden 15/6 1866 (Seuff. Arch. Bd. 21 Nr. 54): Verkäufe und denselben gleichstehende andere Rechtsgeschäfte.

2) Vgl. bezüglich des Retraktes das bei Harpprecht Responsa Tubing. Vol. 6 resp. 6 mitgetheilte Erkenntniß der Juristenfakultät Tübingen (n. 10): „wenn ein Gut übergeht durch Kauf oder wenigstens vermittels ei es solchen negotii, quod vicem sustineat venditionis und sich, wie ein Verkauf in effectu verhält, ita nempe ut pretium, vel quid pretio aequipollens in eodem interveniat"; ferner Mevius Comm. in Jus Lubec. Lib. 3 tit. 7 art. 1 n. 17: „Haud tamen existimandum est, id (nämlich das Wort „verkaufen") ad specialem illum contractum restringendum esse, sed pertinet Statutum ad omnes contractus venditioni aequipollentes, ubi pro certa pecunia transfertur dominium." — Renaud in der Zeitschr. für Deutsches R. Bd. 8 S. 264 will den Retrakt mit Rücksicht auf dessen historische Entwicklung nur bei Verkäufen zulassen. Wäre dies faktisch begründet (vgl. Stobbe a. a. O. § 89 zu Anm 13), so würden solche Rücksichten für das gemeinrechtliche Vorkaufsrecht nicht in Betracht kommen.

Quellenstellen[3]), als aus Auslegungsregeln, die die Quellen in Bezug auf andere Rechtsverhältnisse aufstellen[4]), und diese Auslegungsregeln müssen hier um so eher zugelassen werden, als man nicht erwarten kann, daß bei Begründung des Vorkaufsrechtes eine vollständige Kasuistik seiner Anwendungsfälle in den Vertrag aufgenommen werde. Was hier von vertragsmäßigen Vorkaufsrechten gesagt ist, gilt in entsprechender Weise auch von letztwillig angeordneten[5]) und von durch richterliche Verfügung begründeten, während bei gesetzlichen Vorkaufsrechten die Regeln der Gesetzesauslegung zu demselben Ergebnisse führen[6]). —

Gegenstand des Vorkaufsrechtes ist contrahere; der contractus (Kaufvertrag) soll den Erwerb der Sache vermitteln, die der Verpflichtete veräußern will. Nicht bei jeder Veräußerung also kann der Vorkaufsanspruch geltend gemacht werden, sondern nur bei einer solchen, die auf Vertrag, speziell auf Verkaufsvertrag oder diesem ähnlichen Vertrage beruht. Auszuscheiden sind daher Veräußerungen, im weitesten Sinne genommen, die nicht auf Vertrag beruhen, sondern auf gesetzlicher[7]) Vorschrift, auf letztwilliger[8]), oder richterlicher[9]) Verfügung oder auf einseitiger[10]) Willenserklärung.

[3]) L. 29 § 1 Dig. de statulib. 40. 7: . . . quoniam lex duodecim tabularum emptionis verbo omnem alienationem complexa videretur.

[4]) Vgl. L. 219 Dig. de Verb. Sign. 50. 16 (Papinianus): In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit; cum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locaverint, ut ad heredem ejus qui suscepit pertineret, jus heredum ad legatarium quoque transferri potuit. L. 6 § 1 Dig. de contrah. empt. 18. 1 . . . in emptis enim et venditis potius id quod actum, quam id quod dictum sit sequendum est, u. s. w. — H. G. B. Art. 278.

[5]) Vgl. L. 12 Dig. de R. J. 50. 17, u. s. w.

[6]) L. 18 Dig. de leg. 1. 3, L. 192 § 1 Dig. de R. J. 50. 17, L. 6 Cod. de leg. 1. 14 (L. 25 Dig. de leg. 1. 3) n. s. w. Der beim Retrakte geltend gemachte Gesichtspunkt, daß diese Rechte „odiosa et contra jus commune introducta" seien (Berlich Conclus. practicab. P. 2 concl. 39 n. 55 u A.) kann die Anwendung der Auslegungsregeln nicht hindern, zumal das Vorkaufsrecht nur persönlicher Natur ist, die Sache selbst also nicht ergreift und gegen Dritte nicht geltend gemacht werden kann.

[7]) Enteignung, Ersitzung u. s. w. Intestaterbfolge (vgl. Carpzov. Jurisprud. forens. P. 2 const. 32 def. 17, Berger l. c. § 15).

[8]) Testament (vgl. auch L. 38 § 3 Dig. de legat. III, L. 20 Dig. de Verb. Sign. 50, 16; Berger l. c. § 15. Malblanc Princ. jur. Rom. P. 2 § 543, ebenso beim Retrakte, Walch a. a. O. S. 160, Glück Bd. 16 S. 157 fg.), es sei denn, daß dem Erben u. s. w. die Abschließung eines Kaufvertrages mit einem Dritten auferlegt worden ist, in welchem Falle auf den verkaufenden Erben u. s. w. die gewöhnlichen Grundsätze Anwendung finden. — Vgl. auch Leyser Med. ad Pand. P. 3 spec. 194 cor. 5.

[9]) Adjudikation im Theilungsprozesse; Zuschlag bei gerichtlicher Zwangsversteigerung (über letzteren vgl. Dernburg Pfandr. Bd. 2 S. 263 Anm. 16, Pand. Bd. 1 § 218 Anm. 6, Stobbe Privatr. Bd. 2 § 92 z. A.).

[10]) Vgl. Windscheid Pand. Bd. 2 § 304.

Aber auch da, wo eine Veräußerung auf Grund Vertrages erfolgt, kommt das Vorkaufsrecht nicht zur Geltung, wenn der Vertrag nicht auf Uebertragung des Eigenthums gerichtet ist; es scheiden daher weiter aus die Fälle, in denen nur der Besitz Gegenstand des Veräußerungsvertrages ist[11]), oder ein dem Eigenthume entnommenes dingliches Recht an der Sache[12]), sodann die Fälle, in denen nur ein vorübergehendes Gebrauchsrecht durch obligatorischen Vertrag eingeräumt ist[13]).

Weiterhin scheiden aus unentgeltliche Verträge. So groß das Interesse des Vorkaufsberechtigten an dem Wiedererwerbe bezw. Erwerbe der Sache sein kann[14]), es würde nicht der Billigkeit entsprechen, dem Vorkaufsberechtigten Anspruch auf Vertragsschluß ohne Gegenleistung zu gewähren. Der Berechtigte muß von vornherein darauf rechnen, daß sein Anspruch nicht zur Geltung gelangt, wenn der Verpflichtete die Sache überhaupt nicht veräußert; er kann sich daher auch nicht darüber beklagen, daß der Verpflichtete die Sache veräußert ohne selbst eine Gegenleistung zu erhalten[15]). Demgemäß scheiden aus Schenkungen[16]),

[11]) L. 34 § 4 Dig. de contrah. empt. 18. 1, L. 28 Dig. de acquir. vel am. poss. 41. 2 und hierzu Bechmann Kauf Th. 2 Abth. 1 S. 75.

[12]) Servitut, Pfandrecht (Cession des Antheils an einer Hypothekforderung, vgl. für Preuß. L. R. Entsch. Reichsg. 9/7. 1887 Bd. 19 S. 290) u. s. w. Vgl. auch für den Retrakt Walch a. a. O. S. 169 fg., Stobbe a. a. O. § 89 Anm. 15, abw. Buchka und Budde Entsch. des O. A. G. Rostock Bd. 2 S. 137. — Das Preuß. L. R I. 20 § 576 läßt das Vorkaufsrecht auch bei Veräußerungen des „zum Eigenthum gehörenden Nutzungsrechtes" zu, worunter es jedoch bleibende Veräußerung des vollen Nutzungsrechtes versteht, wie bei der Erbpacht; Dernburg Preuß. Privatr. Bd. 1 § 381 Anm. 4. — Vgl. auch Walch a. a. O. S. 172, Eichhorn Einl. in das Deutsche Privatr. § 102 Anm. b. Wie die frühere Praxis den dabei leicht möglichen Chikanen zu begegnen suchte, ist oben § 5 bei Besprechung des Vorverpfändungsrechtes bemerkt worden. Das Vorverpfändungsrecht gewährt nur Anspruch auf Abschluß eines Pfandvertrages, während hier die Frage zu beantworten war, ob in dem Vorkaufsrechte i. e. S. auch ein Vorverpfändungsrecht enthalten sei.

[13]) Für den Retrakt vgl. Carpzov. Jurisprud. forens. P. 2 const. 31 def. 8, Leyser Med. ad Pand. P. 3 spec. 194 cor. 4, Walch S. 170 fg., Stobbe a. a. O. § 89 Anm. 14. — Auf die Dauer des dem Dritten eingeräumten Gebrauchsrechtes kommt es nicht an, Berger l. c. § 16; abw. ältere Schriftsteller vgl. Berlich Conclus. pract. P. 2 concl. 39 n. 74. — Glück S. 158 Anm. 35 und Koch a. a. O. § 243 Anm. 12 verwechseln das Vorpachtrecht mit dem bei einer Verpachtung etwa zulässigen Näherrecht. Die hier zu beantwortende Frage ist, ob in dem Vorkaufsrechte i. e. S. auch ein Vorpachtrecht enthalten sei.

[14]) Zumal unter Umständen der Verpflichtete früher die Sache gerade wegen des Vorkaufsrechtes zu einem billigeren Preise von dem Berechtigten erworben haben kann.

[15]) Donellus Comment. jur. civ. Lib. 9 c 14 § 17 betr. Vorkaufsrecht des Eigenthümers des emphyteutischen Grundstückes.

[16]) Vgl. Walch a. a. O. S. 90, Preuß. L. R. I. 20 § 577, Malblanc Princ. jur. Rom. P. 2 § 543, und bezüglich des Retraktes Walch a. a. O. S. 167,

seien diese nun remuneratorisch[17]) oder nicht, auch donationes sub modo[18]), denn sie sind Schenkungen, freilich gegen das Versprechen des Empfängers zu einer Leistung. Ferner Bestellung der Sache zur dos[19]) oder donatio propter nuptias[20]), es sei denn daß es sich um Bestellung einer dos oder donatio propter nuptias an der venditionis causa veranschlagten Sache handelt, denn hier liegt entgeltlicher Vertrag (Verkauf) vor und nur der Kaufpreis soll als dos bezw. donatio propter nuptias gelten[21]). Bezüglich der negotia mixta s. unten S. 4.

Da der Vorkaufsberechtigte nur Anspruch auf Abschluß des Vertrages des mit dem Dritten vereinbarten Inhaltes hat, also unter den mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen, so scheiden endlich alle solchen Verträge aus, deren Bedingungen der Berechtigte überhaupt nicht erfüllen kann, sei es aus Gründen, die in seiner Person[22]), oder solchen, die in der Natur des mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrages[23]) liegen.

Holzschuher a. a. O. Z. 3, Gerber a. a. O. § 176 Anm. 3, Stobbe a. a. O. § 89 vor Anm. 16.

17) Abw. für den Retrakt Pufendorf Observ. juris 1744 Tom. 3 obs. 48. Remuneratorische Schenkungen sind Schenkungen im Rechtssinne. Wie soll auch der Vorkaufsberechtigte die der Vergangenheit angehörigen Leistungen des Beschenkten erfüllen?

18) Vgl. Dernburg Preuß. Privatr. Bd. 1 § 381 a. A.

19) Berger l. c. § 15, Malblanc l. c.; für den Retrakt Walch a. a. O. S. 168. — Betr. Einbringung in die Gütergemeinschaft: Bolze Praxis des Reichsg. Bd. 10 Nr. 127 (Entsch. 13/1. 1890).

20) Für den Retrakt Walch a. a. O. S. 167.

21) L. 10 § 4, 5 Dig. de jure dot. 23. 3 (vgl. Windscheid Pand. Bd. 2 § 494 Anm. 11). Bezüglich des Retraktes Harpprecht Responsa Tubing. Vol. 6 resp. 88 n. 12, Walch S. 155 fg. Abw. Renaud in der Zeitschr. für Deutsches R. Bd. 8 S. 266 und Heimbach in Weiskes Rechtslex. Bd. 13 S. 294.

22) Beschränkung des commercium, vgl. Windscheid Pand. Bd. 2 § 388 a. E. (Anm. 14, 15).

23) Hierher gehört der Vergleich, denn sein Zweck, die Beseitigung einer Ungewißheit zwischen dem Verpflichteten und einem Dritten hinsichtlich der Sache, auf die sich das Vorkaufsrecht bezieht, kann nicht erreicht werden, wenn der Vorkaufsberechtigte beanspruchen könnte, daß der Vertrag mit ihm abgeschlossen werde. Anders, wenn die Ungewißheit nicht bezüglich der Sache besteht, auf die sich das Vorkaufsrecht bezieht, und wenn die Sache nur zur Erfüllung einer im Vergleiche vereinbarten Leistung an Zahlungsstatt gegeben wird. Allgemein schließen den Vorkaufsanspruch beim Vergleiche aus Berger l. c. § 16, Malblanc Princ. jur. Rom. P. 2 § 543, Cuntius Sächs. Civilr. Bd. 4 § 1423 a, ebenso den Retrakt Voet Comment. ad Pand. Lib. 18 tit. 3 § 23, Leyser Med. ad Pand. P. 3 spec. 194 med. 5, Walch a. a. O. S. 164 fg., Holzschuher a. a. O. Z. 3, Gerber a. a. O. § 176 Anm. 3 — Dieselbe Unterscheidung, wie vorstehend gemacht, findet sich auch im islamitischen Retraktrechte, vgl. Kohler in der Zeitschr. für vergleich. Rechtswiss. Bd. 6 S. 274.

2. In der vorstehenden Erörterung, bei welchen Rechtsgeschäften, und überhaupt bei welchen Veräußerungen im weitesten Sinne, der Vorkaufsanspruch geltend gemacht werden könne, hatten wir von dem früher bereits gewonnenen Resultate ganz abgesehen, daß das Vorkaufsrecht wirksam werde, wenn ein Verkauf oder ein auf einen ähnlichen wirthschaftlichen Erfolg zielender Vertrag abgeschlossen sei. Wir glaubten diese Umschau weniger mit Rücksicht auf etwa in Theorie und Praxis herrschende Zweifel, als der Vollständigkeit halber vornehmen zu müssen[24]).

Das Vorkaufsrecht wird wirksam, wenn ein Verkaufsvertrag abgeschlossen worden ist, oder ein Trödelvertrag (contractus aestimatorius) oder ein anderer ästimatorischer Vertrag[25]), insbesondere Bestellung einer dos oder donatio propter nuptias an einer venditionis causa veranschlagten Sache[26]), oder wenn eine Hingabe an Zahlungsstatt[27]) vorgenommen worden ist. Darüber besteht kaum ein Zweifel. Das Gleiche gilt aber auch, wenn ein Theilungsvertrag[28]) oder ein

[24]) Wenn für den Retrakt Abweichungen vorkommen (es kann beispielsweise vereinbart oder in anderer Weise bestimmt sein, daß auch bei Eigenthumsübergang durch letzten Willen der Retrakt zugelassen werden solle, vgl. Stryk De success ab intest. Diss. 6 c. 1 § 29, Wernher Sel. obs. forens. P. 1 tom. 1 obs. 298 n. 3), so kann dies für das Vorkaufsrecht nicht maßgebend sein, das begrifflich Vertragsschluß voraussetzt. In diesem, wie in anderen Fällen, beispielsweise wenn das Vorkaufsrecht auch bei unentgeltlichen Verträgen stattfinden soll, ist möglicherweise eine sonstige obligatio ad contrahendum gegeben, keineswegs aber ein Vorkaufsrecht i. e. S.

[25]) Vgl. über derartige Verträge Ihering im Jahrb. für Dogmatik Bd. 17 S. 388 ff., Wendt das. Bd. 22 S. 377 ff, Bechmann Kauf Th. 2 Abth. 1 § 261 S. 560 ff.

[26]) S. oben Z 1.

[27]) Sowohl die freiwillige als die nothwendige datio in solutum sind Erfüllungsakte. Erstere wird mit dem Verkaufe verglichen, L. 4 Cod. de evict. 8. 44 (nam ejusmodi contractus vicem venditionis obtinet), L. 15 Dig. quib. ex caus. 42. 4 (Is qui rem permutatam accepit, emptori similis est; item is, qui rem in solutum accepit . . .), L. 24 pr. Dig. de pign. act. 13. 7, L. 4 § 31 Dig. de doli mali exc. 44. 4. Dasselbe muß aber auch von der auf Nov. 4 c. 3 beruhenden nothwendigen datio in solutum gelten. Jedenfalls ist gegen die Geltendmachung des Vorkaufsanspruches bei Hingabe einer Sache an Zahlungsstatt dann nichts einzuwenden, wenn es sich um eine Geldschuld oder eine solche Schuld handelt, die der Vorkaufsberechtigte ebenfalls erfüllen kann. Allgemein lassen den Vorkaufsanspruch bei der datio in solutum zu Berger l. c. § 15, Koch a. a. O. § 243 zu Anm 12, Holzschuher a. a. O. Anm. ** zu § 295, und Preuß. L. R. I. 20 § 576; den Retrakt lassen zu Voet Comment. ad Pand. Lib. 18 tit. 3 § 23, Walch a. a. O. S. 154 fg., Holzschuher a. a. O. § 228 Z 4, und alle neueren Schriftsteller, außer Renaud in der Zeitschr. für Deutsches R. Bd. 8 S. 266.

[28]) Abw für das Vorkaufsrecht: Carpzov Jurisprud. forens. P. 3 const. 32 def. 18, Berger l. c. § 15, für den Retrakt: Vultejus Consil. Marpurg. Vol. 4 (1631) cons. 19 n. 28 (nisi licitatione interveniente fiat)

Tauschvertrag[29]) abgeschlossen worden ist, wenn man nur dabei berücksichtigt, daß die Gegenleistung, damit der Vorkaufsanspruch zur Geltung gelange, hier, wie in den vorher erwähnten Fällen, so beschaffen sein muß, daß sie der Vorkaufsberechtigte ebenfalls zu leisten vermag.

Der Vorkaufsanspruch, d. h. der Anspruch auf Vertragsschluß, kann nämlich nur geltend gemacht werden, wenn der Vorkaufsberechtigte, neben seiner Bereitwilligkeit, den Vertrag

und die das. Citirten, Walch a. a. O. S. 166, Holzschuher a. a. O. Z. 3, vgl. aber auch Leyser Med. ad Pand. P. 3 spec. 194 cor. 2. — Vgl. L. 1 Cod. communia utriusque 3. 38: Divisionem praediorum vicem emptionis obtinere placuit; L. 20 § 3 Dig. fam. ercisc. 10. 2.

[29]) Trotz des charakteristischen Unterschiedes besteht eine gewisse Aehnlichkeit zwischen Tausch und Kauf, die denn auch in allgemeinen Aussprüchen, wie in Einzelanwendungen, von den Römischen Juristen anerkannt wird. Die Geltendmachung des Vorkaufsrechtes beim Tauschvertrage erkannten als möglich an Berlich Conclus. practicab. P. 2 concl. 38 n. 61, Sintenis a. a. O. § 116 Anm. 240 (anders freilich Bd. 1 § 55 Anm. 22), Treitschke-Wengler a. a. O. S. 212, Letzterer für den Fall, daß ein bestimmter Preis im Voraus vereinbart sei (dann liegt aber überhaupt kein Vorkaufsrecht vor, s. oben § 4) oder daß es sich um vertretbare Sachen handle und der Vorkaufsberechtigte ganz dasselbe leisten könne, wie der Dritte. Dagegen bestritten die Zulässigkeit des Vorkaufsanspruches beim Tauschvertrage Carpzov. l. c. def. 14, Berger l. c. § 14, Malblanc Princ. jur. Rom. P. 2 § 543, Wening-Ingenheim a. a. O. Anm. e, Unterholzner a. a. O., Koch a. a. O. § 243 Anm. 14, Curtius Sächs. Civilr. Bd. 4 § 1423a, Bertram Nassauisches Privatr. 2. Aufl. § 965, vergl. auch Preuß. L. R. I. 20 § 575, Oesterr. G. B. § 1078, Sächs. G. B. § 1130. — Die Zulässigkeit des Retraktes beim Tauschvertrage wurde regelmäßig verneint, Voet Comment. ad Pand. Lib. 18 tit. 3 § 23 (Ausnahme: wenn die Tauschobjecte in Geld geschätzt seien), Leyser Med. ad. Pand. P. 3 spec. 194 cor. 3, Walch a. a. O. S. 162 fg. und die daselbst Citirten, Besekler a. a. O. § 94 Anm. 21, Gerber a. a. O. § 176 Anm. 3, Stobbe a. a. O. § 89 Anm. 16 und die daselbst Citirten. Für die Zulassung des Retraktes Glück Bd. 16 S. 158, 160 ff., Renaud in der Zeitschr. für Deutsches R. Bd. 8 S. 263. Man erkannte an, daß die Ausschließung des Retraktes schlechthin der Chikane Vorschub leiste; manche Schriftsteller wollten daher den Retrakt nur dann ausschließen, wenn der Tausch sich für den Besitzer der Sache als nothwendig oder nützlich erweise, Mevius Comment. in Jus Lubec. P. 3 tit. 7 art. 1 n. 25. Allein es bedarf solcher Unterscheidung nicht; im Allgemeinen das Vorkaufsrecht auszuschließen ist unrichtig. Ob der Vorkaufsberechtigte im Einzelfalle die Gegenleistung (die individuelle Sache; ein Geldäquivalent kann dem Verpflichteten nicht aufgenöthigt werden, vergl. auch Sammlung der Entsch. des Obersten Gerichtshofes für Bayern Bd. 9 S. 148 fg., abw. u. a. das islamitische Retraktrecht s. Kohler in der Zeitschr. für vergleich. Rechtswiss. Bd. 6 S. 274) zu gewähren vermag, entzieht sich zunächst der Prüfung, denn was hindert den Berechtigten, die einzutauschende Sache vom Dritten zu erwerben? Als „kaum denkbar" (Holzschuher a. a. O. Anm. * zu Z. 3 Abs. 1) läßt sich dieser Fall nicht bezeichnen; jedenfalls liegt die Sache rechtlich beim Tausche nicht anders als beim Kaufvertrage, s. das im Texte Folgende.

Der Vortauschvertrag (oben § 5) beschränkt den Anspruch des Berechtigten auf den Abschluß eines Tauschvertrages, während hier in Frage steht, ob in dem eigentlichen Vorkaufsrecht auch ein Vortauschrecht enthalten sei.

unter den mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen abzuschließen, sich nicht in der Unmöglichkeit befindet, diese Bedingungen zu erfüllen, also insbesondere die Gegenleistung zu gewähren. Befindet sich der Vorkaufsberechtigte in der Unmöglichkeit, so steht seinem auf Abschluß des Vertrages gerichteten Begehren eine exceptio doli entgegen; der Verpflichtete kann Vertragsschluß weigern, wenn feststeht, daß der Berechtigte die Bedingungen, die den abzuschließenden Vertrag näher bestimmen, nicht zu erfüllen vermag[30]). Für die Frage aber, ob ein Zustand der Unmöglichkeit künftiger Erfüllung des abzuschließenden Vertrages vorliegt, kommt nicht der Zeitpunkt in Betracht, zu dem der Vertrag mit dem Dritten abgeschlossen wurde, sondern der Zeitpunkt, zu dem der Vertrag zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten abgeschlossen werden soll, mithin, je nachdem der Berechtigte Offerent oder Oblat ist, der Zeitpunkt, zu dem er die Offerte zum Vertragsschlusse ergehen läßt, d. h. den Verpflichteten zur Mitwirkung zum Vertragsschlusse auffordert, oder wenn der Verpflichtete die Initiative ergreift — der Zeitpunkt, zu dem die Acceptation spätestens erfolgen muß (s. unten § 11 Z. 2).

Daraus folgt, daß eine anfänglich vorhandene Unmöglichkeit der Erfüllung des abzuschließenden Vertrages hinterher, bis zu den eben angegebenen Zeitpunkten, noch wegfallen kann, insbesondere auch durch eine hierauf gerichtete Thätigkeit des Vorkaufsberechtigten, indem er, beispielsweise, wenn mit dem Dritten ein Tauschvertrag abgeschlossen war, die einzutauschende Sache, oder wenn mit dem Dritten ein Theilungsvertrag abgeschlossen war, den Antheil des Dritten (Communionsinteressenten) erwirbt, oder indem er, wenn die Gegenleistung in Geld besteht, sich die ihm bis dahin fehlenden Geldmittel beschafft[31]). Und es folgt weiter daraus, daß es unrichtig wäre, bei gewissen Arten von Verträgen, wie Tausch und Theilungsvertrag, das Vorkaufsrecht begrifflich auszuschließen, weil die Gegenleistung regelmäßig

[30]) Daß ein Vorkaufsanspruch nicht geltend gemacht werden kann, wenn der Berechtigte zur Zahlung des Preises unfähig ist, ist auch in der Entsch. Reichsgerichts 24./4. 1885 (Bolze Praxis des Reichsg. Bd. 5 Nr. 153) anerkannt. Vgl. auch Bolze Bd. 8 Nr. 101 (Entsch. 26./6. 1889). — Für den Retrakt vgl. Walch a. a. O. S. 330, Blätter für Rechtsanwendung Bd. 8 S. 381 fg. Der Retrahent muß, bevor er vom Käufer die Herausgabe der Sache verlangen kann, den von diesem bezahlten Kaufpreis zahlen oder hinterlegen, vgl. Walch a. a. O. S. 188 ff., Glück Bd. 16 S. 188 fg., Beseler a. a. O. § 94 Anm. 24 und die daselbst citirten Entscheidungen und Statuten, Stobbe a. a. O. § 89 Anm. 27.

[31]) Vgl. die vorige Anmerkung.

so beschaffen sei, daß sie von einem Anderen, nämlich dem Vorkaufsberechtigten, nicht geleistet werden könne. In diesen Fällen liegt in Wahrheit nicht unbedingte Unmöglichkeit der Erfüllung der Gegenleistung vor, sondern nur eine Schwierigkeit, die hinterher wegfallen kann[32]).

3. Es erscheint insbesondere auch unzulässig, die für die Ausübung des Retraktes aufgestellte Regel, daß die Veräußerung an den Dritten nicht aus persönlichen Rücksichten auf den Dritten erfolgt sein dürfe[33]), auch auf das Vorkaufsrecht zu beziehen, wie es von manchen Schriftstellern geschehen ist[34]). Nicht die subjective Seite ist maßgebend, sondern die objective; nicht auf die Absicht des Vorkaufsverpflichteten kommt es an, sondern auf die Beschaffenheit des mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrages, also auch der mit dem Dritten im einzelnen Falle vereinbarten Gegenleistung.

Nicht in diesen Zusammenhang gehört die von den meisten Schriftstellern hierher gestellte Frage: ob bei einer Veräußerung an den nächsten Erben, einem sog. Kindskaufe, der Vorkaufsanspruch geltend gemacht werden könne[35]). Liegt ein wirklicher Verkauf an den nächsten Erben vor, worauf die Absicht der Vertragsschließenden durchaus nicht selten gerichtet ist[36]), so kommen

[32]) Hiernach entbehrt die Streitfrage, wie es bei gemischten Geschäften zu halten sei, für uns im Allgemeinen des theoretischen Interesses; vgl. für den Retrakt: Kauf und Tausch betreffend Glück Bd 16 S. 161 fg., Seuff. Arch. Bd. 13 Nr. 109 (Celle 30/3. 1859), Kauf- und Pachtvertrag betreffend Seuff. Arch. Bd. 11 Nr. 73 (Celle 2./10. 1846). Aeltere Schriftsteller wollten auf die Absicht der Contrahenten gesehen und nöthigenfalls eine Vergleichung vorgenommen haben: quid praevaleat, pretium an res. Bei Gleichwerthigkeit beider Leistungen wollten Manche das Geschäft für Kauf gehalten wissen, weil der Kauf das üblichere Geschäft sei (vgl. Berger l. c. § 14), während Andere eine Präsumtion gegen den Kauf aufstellten (vgl. Carpzov. Jurisprud. forens. P. 2 const. 32 def. 15, auch Preuß. L. R. I. 20 § 577 und für den Retrakt Stobbe a. a. O. § 89 Anm. 16).

[33]) Vgl. Leyser Med. ad Pand. P. 3 spec. 192 med. 3, spec. 194 med. 1 sqq., Walch a. a. O. S. 143, 174 fg., Glück Bd. 16 S. 163 fg., Weber a. a. O. § 176 Anm. 3, Stobbe a. a. O. § 89 Z. 4. Abw. u. A. Pufendorf Observat. juris univ. Tom. 3 obs. 40 § 6.

[34]) Walch a. a. O. S. 93, Koch a. a. O. § 243 Z. III. Richtig Brueckner l. c. pag. 19.

[35]) Die Ausschließung des Retraktes in diesem Falle (Leyser Med. ad Pand. P. 3 spec. 192 med. 1, Hommel Rhaps. quaest. Tom. 4 obs. 557 pag. 217, Walch a. a. O. S. 175 ff., Glück Bd. 16 S. 159, Holzschuher a. a. O. Z. 3, Stobbe a. a. O. § 89 Anm. 18, vgl. auch Preuß. L. R. I. 20 § 584) erklärt sich historisch schon aus dem Beispruchsrechte der nächsten Erben.

[36]) Stobbe Privatr. Bd. 5 § 323 Z. 5, Archiv für prakt. Rechtswissenschaft Bd. 3 S. 433, Bd. 4 S. 515, N. F. Bd. 7 S. 100, vgl. auch Bl. für Rechtsanw. Bd. 26 S. 29 ff.

die auch für sonstige Verkäufe geltenden Regeln zur Anwendung; es liegt durchaus kein Grund vor, das Vorkaufsrecht auszuschließen[37]), wenn nicht etwa ausnahmsweise die Geltendmachung des Vorkaufsanspruches auf die Fälle eingeschränkt worden war, in denen mit einem Fremden ein Vertrag (Verkauf u. s. w.) abgeschlossen werden würde[38]). — Geht aber die Absicht der Vertragsschließenden dahin, im Wege der erfrühten Erbfolge die Sache (insbesondere ein Bauerngut) an den nächsten Erben zu bringen, in welchem Falle ein etwa festgesetzter Anschlagspreis nur die Bedeutung hat, einen Anhaltspunkt für die demnächstige Nachlaßauseinandersetzung zu geben, so liegt kein Kaufvertrag vor, folglich kann auch das Vorkaufsrecht nicht zur Geltung gelangen. Es findet also dasselbe Verhältniß statt, wie beim erbrechtlichen Uebergange[39]), dessen Stelle jene sog. Gutsübergabe vertreten soll[40]). Dadurch erlischt das Vorkaufsrecht nicht; der Uebergeber (Vorkaufsverpflichtete) bleibt zunächst immer noch Schuldner des Vorkaufsberechtigten, denn es ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß er die betreffende Sache wieder erwirbt und sodann einen Vertrag abschließt, bei dem der Vorkaufsanspruch zur Geltung gelangen kann. Ob etwa eine Schuldübernahme, mit oder ohne befreiende Wirkung dem Veräußernden gegenüber, stattfindet, bemißt sich nach allgemeinen Grundsätzen[41]). Geht das Vorkaufsrecht nach dem Tode des Verpflichteten auch gegen dessen Erben[42]), so bleibt es bis zum nächsten durch den Erben (oder dessen Erben) erfolgenden Verkaufe u. s. w. in Kraft[43]). Geht der Vorkaufsanspruch aber nicht gegen die Erben

[37]) Ganz allgemein schlossen die Geltendmachung des Vorkaufsrechtes bei Veräußerungen an den nächsten Erben aus: Carpzov. Jurisprud. forens. P. 2 const. 32 def. 19, Berger Oeconomia juris Lib. 3 tit. 5 § 14 not. 2, Madihn l. c. § 8 No. III, Malblanc Princ. jur. Rom. P. 2 § 543, Koch a. a. O. § 243 zu Anm. 13 (Preuß. L. R. I. 20 § 584), Treitschke-Wengler a. a. O. S. 213; richtig die Motive zu § 474 Deutschen Entwurfes, Bd. 2 S. 349.

[38]) W. H. Buchta Handb. des Verfahrens in nichtstreitigen bürgerl. Rechtssachen Bd. 2 § 136 a. E., Siebenhaar Commentar zum Sächs. G. B. § 1119. — Es ist Auslegungsfrage, wer als „Fremder" anzusehen ist: wenn Koch a. a. O. § 243 Anm. 13 den Schwiegersohn des Veräußernden als Fremden ansehen will, wenn die Tochter des Veräußernden nicht mehr lebt, so ist dies vom Standpunkte des § 584 Preuß. L. R. aus nicht zu beanstanden (erfrühte Erbfolge), für andere Fälle aber nicht unter allen Umständen richtig.

[39]) Vgl. oben Z. 1 dieses §.

[40]) Leyser l. c. schloß den Retrakt wegen der zwischen dem Veräußernden und dessen nächsten Erben angeblich bestehenden unitas personae aus. Vgl. auch Harpprecht De Venditione gratiosa 1706 § 69 sq.

[41]) Vgl. Stobbe Privatr. Bd. 5 § 323 Anm. 19.

[42]) S. unten § 12 Z. 1.

[43]) Leyser Med. ad Pand. P. 3 spec. 192 med. 4: Jus protimiseos ob

des Verpflichteten, so erlischt das Vorkaufsrecht spätestens durch den Tod des Verpflichteten[44]). —

Wohl aber gehört in diesen Zusammenhang die Frage, ob der Vorkaufsanspruch auch dann geltend gemacht werden könne, wenn der Vertrag auf den Dritten im Hinblick auf dessen besondere Eigenschaften abgeschlossen worden war. Das Motiv für den Vorkaufsverpflichteten, gerade mit dem Dritten den Vertrag zu schließen, kann auf Zuneigung zu dem Dritten beruhen, aber auch auf Egoismus, wenn er glaubt, daß die Gegenleistung ihm von diesem Dritten besser als von einer anderen Person gewährt werde. Wie bereits erwähnt, ist das Motiv rechtlich bedeutungslos, wenn es nicht in den Bedingungen des mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrages, insbesondere in der vom Dritten zu gewährenden Gegenleistung, seinen Ausdruck gefunden hat[45]), sei es in quantitativer Beziehung (Z. 4), sei es in qualitativer.

Die Qualität der von dem Dritten zu gewährenden Gegenleistung kann so sein, daß anzunehmen ist, der Vorkaufsverpflichtete habe mit Rücksicht auf die besonderen Eigenschaften des Dritten den Vertrag mit diesem abgeschlossen[46]). Am häufigsten wurde die Frage, ob der Vorkaufsberechtigte in einem solchen Falle sein Recht, d. h. den Anspruch auf Vertragschluß, geltend machen könne, im Hinblick darauf erörtert, daß sich der Vorkaufsverpflichtete vom Dritten als Gegenleistung das Recht auf Beköstigung, oder überhaupt Verpflegung, oder auf gemeinschaftliche Wohnung habe versprechen lassen. Manche

venditionem proximo heredi factam non prorsus exspirat, sed hoc iterum vendente reviviscit. Nur unter der Voraussetzung des Ueberganges des Vorkaufsanspruches auf den Erben des Verpflichteten (den Erwerber) ist dies richtig. Andererseits muß, damit der Vorkaufsanspruch zur Geltung gelange, der Vorkaufsverpflichtete den Vertrag abschließen; wird der Uebernehmer, obgleich er nächster Intestaterbe war, auf Grund eines Testamentes des Uebergebers nicht dessen Erbe, und hatte er die Vorkaufsverbindlichkeit nicht übernommen (Schuldübernahme), so kann bei einem durch ihn abgeschlossenen Verkauf der Vorkaufsanspruch nicht geltend gemacht werden, denn das Vorkaufsrecht wirkt nur obligatorisch, keineswegs geht mit dem Uebergange der Sache auf einen Anderen auch die Vorkaufsverbindlichkeit auf den Erwerber über.

44) Dies übersieht Madihn l. c. § 8 No. III, wenn er das Vorkaufsrecht in allen Fällen einer vom Erwerber vorgenommenen Veräußerung zur Wirksamkeit gelangen läßt. Anders beim Retrakte (actio in rem scripta): Moors l. c. § 7, Glück Bd. 16 S. 160 Anm. 44.

45) Vgl. Preuß. L. R. I. 20 § 585: „Außer diesen Fällen (§ 578 ff.) kann das Vorgeben einer besonderen Zuneigung des Verkäufers gegen den Käufer den Vorkaufsberechtigten an der Ausübung seines Rechtes nicht hindern."

46) Für den Retrakt vgl. Leyser Med. ad Pand. P. 3 spec. 194 med. 1 sqq., spec. 192 med. 3, Walch a. a. O. S. 143, 174, Glück Bd. 16 S. 163 ff.

wollten in derartigen Fällen die für den Retrakt geltenden Regeln auch beim Vorkaufsrechte anwenden, allein Rechtssätze, die aus der historischen Entwicklung des Retraktes fließen, können nicht auf das gemeinrechtliche Vorkaufsrecht übertragen werden. Auch läßt sich für dieses letztere keine der für den Retrakt behaupteten Ansichten vertheidigen. Weder die Ansicht, daß der Anspruch schlechthin ausgeschlossen sei[47]), denn dann vermöchte der Verpflichtete durch Ausbedingung derartiger Leistungen anstatt Geldes das Vorkaufsrecht willkürlich auszuschließen. Noch auch die Ansicht, daß der Anspruch zuzulassen sei, wenn der Berechtigte nachweise, „daß der Verkäufer kein Interesse daran habe, ob ihm der Käufer oder ein Dritter die ausbedungene Prästation reiche, oder daß der Verkäufer selbst bereits erklärt habe, daß es ihm gleichgültig sei, von wem er seinen Unterhalt u. s. w. genieße“[48]). Endlich auch nicht die Ansicht, daß der Anspruch zuzulassen sei, wenn der Verkäufer „sich gegenwärtig erkläre, daß es ihm einerlei sei, ob ihm der Käufer oder ein Dritter die Leistungen gewähre“[49]).

Am häufigsten finden sich derartige Vereinbarungen (Leistung von Kost, Verpflegung, Wohnung u. s. w.) in Gutsübergabsverträgen. Soweit es sich dabei um eine successio anticipata handelt, kommt der Vorkaufsanspruch zwar, nach dem vorhin Bemerkten, nicht zur Geltung. Allein gleichwohl ist es nicht ohne Interesse, das dabei stattfindende Rechtsverhältniß einen Augenblick weiter zu verfolgen. Sind derartige Leistungen (Altentheil, Auszug, Leibgeding) zwar auch an die Person des Berechtigten gebunden und ist deshalb das Recht auf ihren Bezug nicht ver-

47) Für den Retrakt: Leyser l. c. spec. 194 med. 4, Walch a. a. O. S. 176, Glück Bd. 16 S. 164 Anm. 55, Holzschuher a. a. O. Z. 3 a. E., Seuff. Arch. Bd. 13 Nr. 110 (Jena 25./6 1858), Bl. für Rechtsanw. Bd. 26 S. 29 ff. (München 1860), Gerber a. a. O. § 176 hinter Anm. 3, Beseler a. a. O. § 94 Anm. 25, Stobbe a. a. O. § 89 Anm. 19. Dagegen Renaud in der Zeitschr. für Deutsches R. Bd. 8 S. 266, Gengler a. a. O. § 88 S. 389. — Für das Vorkaufsrecht: Preuß. L. R. I. 20 § 581.

48) Für den Retrakt: Glück Bd. 16 S. 164, Seuff. Arch. Bd. 13 Nr. 51 (Jena 29./8. 1843). Nicht den Vorkaufsberechtigten könnte die Beweislast treffen, daß er ebenso gut erfüllen könne, wie der Dritte (Käufer), sondern der Verpflichtete müßte die für die Ausschließung des Vorkaufsanspruches anzuführenden Gründe beweisen.

49) Für den Retrakt Walch a. a. O. S. 176. Aehnlich Preuß. L. R. I. 20 § 583: „Auch eine andere unbestimmt versprochene Verpflegung schließt den Vorkauf nicht aus, wenn der Verkäufer ausdrücklich erklärt, daß er diese Verpflegung auch von den Vorkaufsberechtigten annehmen wolle.“ — Hiernach, wie nach der in der vorigen Anmerkung citirten Ansicht, wird die Ausübung oder Nichtausübung des Rechtes der Willkür des Vorkaufsverpflichteten anheimgegeben.

erblich und nicht abtretbar, so sind sie doch begrifflich keineswegs an die Person des Verpflichteten geknüpft, vielmehr besteht sogar ihr Vorzug darin, daß sie regelmäßig als Reallast auf die Person des jeweiligen Besitzers des durch anticipirte Successión übergebenen Grundstückes (Bauerngutes u. s. w.) übergehen[50]). Muß sich der Altentheilsberechtigte hiernach einen Wechsel in der Person des Leistungspflichtigen im Allgemeinen gefallen lassen[51]), so ist nicht abzusehen, wie in anderen Fällen ein Verkäufer, der sich derartige Leistungen ausbedungen hat, berechtigt sein sollte, den Vorkaufsberechtigten ohne weiteres zurückzuweisen.

Es kommt vielmehr auf die Umstände des einzelnen Falles an, ob der Vorkaufsberechtigte nicht ebenso gut in der Lage ist, die Naturalleistung zu gewähren, wie der Dritte (Käufer)[52]). Ist diese Frage zu bejahen, so kommt der Vorkaufsanspruch voll zur Geltung: der Berechtigte hat Anspruch auf Abschluß des Vertrages mit allen Bedingungen, wie sie mit dem Dritten vereinbart waren. Dies gilt auch dann, wenn der Vorkaufsberechtigte zwar persönlich unfähig wäre, die Gegenleistung in gehöriger Weise zu gewähren, sich aber in die Lage gesetzt hätte, über die Dienste des Dritten (Käufers) oder — je nach den Umständen — einer anderen geeigneten Person zu verfügen[53]).

Kann der Vorkaufsverpflichtete die Naturalleistung aber nicht ebenso gut erfüllen, wie der Dritte (Käufer)[54]), so steht

[50]) Vgl. Stobbe Privatr. Bd. 5 § 325 Anm. 28 und die daselbst Citirten, denen beizufügen ist: Arch. für prakt. Rechtswiss. Bd. 4 S. 504 und Entsch. Reichsger. 10./3. 1885 (Entsch. Bd. 13 S. 187).

[51]) Selbst ein mit dem Leistungspflichtigen abgeschlossenes pactum de non alienando hindert die Veräußerung nicht. — Ob der Altentheilsberechtigte von seinem Contrahenten Schadenersatz wegen nicht gehöriger Leistung seitens des späteren Besitzers fordern kann, gehört nicht hierher.

[52]) Vgl. auch für den Retrakt den bei Schoepf, De retractu conventionali et testamentario (1758), mitgetheilten Rechtsfall: nach dem Kaufvertrag hatte Käufer den Verkäufer zu verpflegen, die Ehefrau des Käufers aber die Tochter des Verkäufers im Nähen und Sticken zu unterrichten; der Retrakt wurde für statthaft erklärt, da die Ehefrau des Retrahenten die Leistung ebenso gut gewähren könne, auch wurde gleichzeitig für etwaige Ablösung der Betrag von 30 Gulden festgesetzt.

[53]) Für die Frage, ob der Berechtigte die Bedingungen erfüllen und deshalb den Vorkaufsanspruch in vollem Umfange erheben kann, ist der oben (Z. 2) bereits bezeichnete Zeitpunkt maßgebend.

[54]) Damit ist das Maximum der Verbindlichkeit des Vorkaufsberechtigten bezeichnet; eine **bessere** Leistung, als sie der Dritte geleistet haben würde, kann der Vorkaufsverpflichtete von dem Berechtigten nicht verlangen. Allein der Vorkaufsberechtigte genügt seiner Verbindlichkeit bereits, wenn er die Leistung in der Weise gewährt, wie sie nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen kraft des mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrages gefordert werden kann.

dem Vorkaufsverpflichteten die Befugniß zu[55]), an Stelle der Naturalleistung eine Geldentschädigung zu verlangen, so daß der Vorkaufsanspruch eine entsprechende Modifikation erleidet. Unter Geldentschädigung ist aber der objektive Schätzungswerth, die vera rei aestimatio, nicht etwa Schadensersatz (Interesse) zu verstehen[56]), denn die Umwandlung des Anspruches beruht nicht auf einem zum Schadensersatze verpflichtenden Umstande; die Unmöglichkeit, die Naturalleistung zu gewähren, gereicht dem Vorkaufsberechtigten nicht zur Schuld, viel eher sogar dem Vorkaufsverpflichteten, der bei Festsetzung der Vertragsbestimmungen auf den Anspruch des Vorkaufsberechtigten hätte Rücksicht nehmen und wenigstens für den Fall der Geltendmachung des Vorkaufsanspruches an Stelle der Naturalleistung eine Geldentschädigung im Voraus hätte vereinbaren sollen[57]).

Dabei kann es auch keinen Unterschied machen, ob die Naturalleistungen Nebenleistungen sind, oder einzige Leistung[58]), und ob sie von fest bestimmtem Umfange sind, oder ob ihr Umfang von dem Bedürfnisse des Vorkaufsverpflichteten (Verkäufers) abhängt[59]). Regelmäßig wird auch hier eine Abschätzung in Geld so gut möglich sein, wie sie bei Berechnung der quarta Falcidia u. s. w. vorgenommen werden muß, und nur wo thatsächlich eine Abschätzung in Geld ganz unmöglich sein sollte, die Abnahme der Naturalleistung aber nach billigem Ermessen dem Vorkaufsverpflichteten nicht zugemuthet werden könnte oder die

[55]) Daß er sich auch mit dem, was ihm der Vorkaufsberechtigte zu leisten vermag, begnügen kann, versteht sich von selbst. Dem Vorkaufsberechtigten dagegen steht nicht die Befugniß zu, Geldentschädigung an Stelle der Naturalleistung anzubieten, denn die Substituirung der Geldentschädigung ist nur ein Auskunftsmittel, um die Durchführung des Vorkaufsrechtes zu ermöglichen, nicht aber hat der Vorkaufsberechtigte Wahlrecht, ob er Naturalleistung oder Geldentschädigung gewähren will. Nur wenn dem Vorkaufsberechtigten die Naturalleistung unmöglich wäre oder wenn er sie nur mit unverhältnißmäßig großen Aufwendungen zu leisten vermöchte, wird man ihm das Recht zugestehen müssen, Geldentschädigung anzubieten und sich das Vorkaufsrecht dadurch zu erhalten, denn die Festsetzung von Naturalleistungen hätte der Vorkaufsverpflichtete im Hinblick auf das Vorkaufsrecht unterlassen sollen.

[56]) So auch Motive zu § 484 Deutschen Entw. (Bd. 2 S. 349 Z. 1).

[57]) Vgl. auch Motive zu § 481 fg. Deutschen Entw. (Bd. 2 S. 347 Z. 5). Ist eine solche Vereinbarung für den Fall der Geltendmachung des Vorkaufsrechtes getroffen, so ist diese maßgebend (vgl. Glück Bd. 16 S. 165 oben), wenn sie nicht in doloser Weise bezweckt den Vorkaufsberechtigten von der Geltendmachung seines Rechtes abzuschrecken, vgl. unten § 9 Z. 2.

[58]) Vgl. Preuß. L. R. I. 20 § 578 fg., Oesterr. G. B. § 1077, Deutsch. Entw. § 484 Abs. 1. — Auch da, wo die Naturalleistung einzige Leistung des Käufers ist, finden die Grundsätze über den Kauf Anwendung, Windscheid Pand. Bd. 2 § 385 Anm. 11.

[59]) Abw. Preuß. L. R. I. 20 § 582 fg.

Gewährung der Naturalleistung dem Vorkaufsberechtigten unmöglich sein sollte, würde das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werden können wegen Unmöglichkeit der richtigen Erfüllung der Gegenleistung[60]). —

Ein anderer hierher gehöriger Fall ist vorhanden, wenn der Dritte (Käufer) die Gegenleistung ganz oder theilweise durch facere abzutragen hat, z. B. ein opus herzustellen. Häufig werden solche Vereinbarungen im Interesse des Käufers getroffen, um ihm die Abtragung des Kaufpreises zu erleichtern; hier kann der Vorkaufsverpflichtete auf Naturalleistung gewiß nicht bestehen, die Umwandlung in eine entsprechende Geldleistung kann daher von dem Vorkaufsberechtigten verlangt werden. Sind derartige Vereinbarungen aber im Interesse des Verkäufers getroffen worden, so kommen die vorhin entwickelten Grundsätze uneingeschränkt zur Anwendung.

Das Gesagte bezog sich auf die Frage, ob der Vorkaufsanspruch, d. h. der Anspruch des Berechtigten auf Vertragsschluß, in normaler Weise, oder in modificirter Weise, oder überhaupt nicht zur Geltung komme. Unabhängig davon ist die Frage, ob nach diesem Vertragsschlusse Modifikationen des einmal begründeten Rechtsverhältnisses möglich sind, insbesondere die Frage ob nach diesem Vertragsschlusse an Stelle der hierbei vereinbarten Naturalleistung, auf Verlangen des einen oder anderen Theiles, Geldentschädigung treten könne, oder gar Schadenersatz. Diese Fragen haben aber mit dem Vorkaufsanspruche nichts zu thun; sie sind vielmehr nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen.

4. Wenn der Vorkaufsverpflichtete bei einem von ihm vorzunehmenden Verkaufe u. s. w. an einen Dritten auf die besonderen Eigenschaften dieses Dritten Rücksicht genommen hat, so kann sich dies auch in quantitativer Hinsicht, nämlich dadurch erkennbar machen, daß er die Leistung höher oder die Gegenleistung geringer bemessen hat, als sie bei Verkauf an eine andere Person bemessen worden wäre.

Hierher gehört der Freundskauf oder Freundschaftskauf (venditio gratiosa), d. h. ein Kaufvertrag, bei dem in Schenkungsabsicht der Verkäufer dem Käufer einen geringeren Preis als den wahren Werth zugestanden hat. „Ein zwischen dem Verkäufer und Käufer bestehendes Freundschaftsverhältniß macht einen Kauf noch nicht zu einem Freundschaftskaufe; ebensowenig die bloße Absicht, dem Käufer vor Anderen die Sache

[60]) Preuß. L. R. I. 20 § 579, Oesterr. G. B. § 1077, Deutsch. Entw. § 484 Abs. 1.

zuzuwenden. Vielmehr ist erforderlich, daß das freundschaftliche Verhältniß und die erwähnte Absicht auf die Feststellung der Vertragsbestimmungen eine äußerlich erkennbare Wirkung gehabt habe", insbesondere indem „die Kaufsumme so niedrig gestellt wurde, daß dabei eine theilweise Schenkung konkurrirt"[61]).

Manche wollten in einem solchen Falle den Anspruch des Berechtigten ausschließen[62]), Andere wollten unterscheiden, ob der Verkäufer dem Käufer einen trennbaren Theil der Sache oder einen Theil des Kaufpreises geschenkt habe[63]), Andere dagegen ob die Liberalität Bestimmungsgrund zum Vertragsschlusse gewesen sei oder nicht[64]), während wieder Andere den Anspruch schlechthin zuließen, also dem Berechtigten die günstigen, dem Dritten bewilligten Bedingungen ebenfalls gewähren wollten[65]).

Die Anwendung der auf den Retrakt bezüglichen Normen auf das Vorkaufsrecht ist unzulässig; es bedarf daher hier keiner Erörterung, welche der verschiedenen für den Retrakt aufgestellten Ansichten richtig ist. Für das Vorkaufsrecht gilt der Grundsatz, daß der Anspruch nur unter den mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen geltend gemacht werden kann. Der Verpflichtete muß sich daher, wenn er mit einem Dritten einen Vertrag schließt, gegenwärtig halten, daß der Berechtigte von ihm Abschluß eines Vertrages desselben Inhaltes fordern kann, soweit nicht bei Begründung des Vorkaufsrechtes etwas anderes vereinbart worden ist und soweit nicht der Begriff des Vorkaufsrechtes entgegensteht.

Schenkt der Verpflichtete dem Dritten die Sache, oder schließt er mit dem Dritten eine mit Verkauf vermischte Schenkung in der

61) So Seuff. Arch. Bd. 13 Nr. 110 (Jena 25./6. 1858) für den Retrakt; Koch a. a. O. § 243 zu Anm. 19 für das Vorkaufsrecht (vgl. auch Preuß. L. R. I. 20 § 585)

62) Für den Retrakt: Leyser Med. ad Pand. P. 3 spec. 194 med. 2 (vgl. auch spec. 192 med. 2), Walch a. a. O. S. 179, Eichhorn Einl. in das Deutsche Privatr. § 102, Holzschuher a. a. O. Z. 3, Gerber a. a. O. § 176 Anm. 4, Seuff. Arch. Bd. 13 Nr. 110 (Jena 25./6. 1858), Stobbe a. a. O. § 89 Anm. 17; für das Vorkaufsrecht Madihn l. c. § 8 No. IV, Hofacker Princ. jur. civ. T. 3 § 1963, Unterholzner a. a. O., Koch a. a. O. § 243 Anm. 19. – Manche ließen aber den Anspruch zu, wenn der Berechtigte den vollen Werth zahlen wollte; für den Retrakt: Pufendorf Observ. jur. T. 3 obs. 40 § 6, Walch a. a. O., Gengler a. a. O. § 88 S. 390, für das Vorkaufsrecht: Dernburg Preuß. Privatrecht Bd. 1 § 381 Anm. 3.

63) Für den Retrakt: Harpprecht De venditione gratiosa 1706 § 73 sqq., Glück Bd. 16 S. 166; für das Vorkaufsrecht: Berger l. c. § 14.

64) Vgl. Oeltze Diss. qua expenditur quaestio an in venditione gratiosa jus protimiseos locum habeat 1767 § 20.

65) Für den Retrakt Voet Comment. ad Pand. Lib. 18 tit. 3 § 23 i. f., Renaud in der Zeitschr. für Deutsches R. Bd. 8 S. 267, Beseler a. a. O. § 94 zu Anm. 26; für das Vorkaufsrecht Brueckner l. c. pag. 20 No. 4.

Weise ab, daß eine von mehreren Sachen, oder ein Theil (pars pro diviso vel pro indiviso) der dem Dritten übertragenen Sache nicht verkauft, sondern geschenkt sein soll, so kommt, insoweit Schenkung vorliegt, nach dem oben Z. I Bemerkten, der Vorkaufsanspruch nicht zur Geltung. Es fehlt eben insoweit an der Voraussetzung für die Geltendmachung des Vorkaufsrechtes, an dem Abschlusse eines Verkaufsvertrages oder eines auf einen ähnlichen wirthschaftlichen Erfolg zielenden Vertrages.

Häufiger wird die Sache so liegen, daß der Vorkaufsverpflichtete in Schenkungsabsicht den von dem Dritten zu zahlenden Kaufpreis unter dem wahren Werthe vereinbart. Wenn hier der Vorkaufsverpflichtete dem auf Vertragsschluß unter den gleichen Bedingungen gerichteten Anspruch des Vorkaufsberechtigten gegenüber sich darauf berufen wollte, daß der Kaufpreis aus Freigebigkeit gegen den Dritten niedriger bemessen worden sei, so könnte ihm entgegen gehalten werden, daß er beim Vertragsschlusse mit dem Dritten auf das Vorkaufsrecht in der Weise Rücksicht habe nehmen können, daß er eine etwa von ihm beabsichtigte Freigebigkeit zu Gunsten des Dritten unabhängig von dem Vertrage habe bethätigen können. Es könnte ihm entgegen gehalten werden, daß der Inhalt des Vertrages mit dem Dritten für den Inhalt des Vorkaufsanspruches maßgebend sei, und daß der Vorkaufsverpflichtete deshalb zunächst den Vertrag mit dem Dritten so habe schließen können, wie er ihn, im Falle der Geltendmachung des Vorkaufsanspruches, mit dem Vorkaufsberechtigten abzuschließen wünsche, während er die Freigebigkeit nach Abschluß des Vertrages habe verwirklichen können. Denn darüber besteht kein Zweifel, daß ein nach Abschluß des Verkaufes bewilligter Erlaß eines Theiles des Kaufpreises den Vorkaufsberechtigten nicht berührt (s. unten § 9). Ja es kann sogar schon vor dem Abschlusse des Vertrages mit dem Dritten dem Letzteren eine bindende Zusage künftigen Erlasses ertheilt worden sein[66]); vorausgesetzt, daß sich die Zusage auf ein pactum de non petendo in personam, nämlich hinsichtlich der Person des Dritten, bezieht und weiter vorausgesetzt, daß dabei keine Arglist obwaltet[67]), vermag der Vorkaufsberechtigte daraus keine Rechte für sich herzuleiten.

[66]) Vgl. Degenkolb Begriff des Vorvertrages S 31. Auf die terminologische Frage, ob derartige Zusagen als pacta de contrahendo aufgefaßt werden können, ist hier nicht einzugehen.

[67]) Daß nach der Ertheilung einer solchen Zusage der Käufer sich mit einem unverhältnißmäßig hohen Kaufpreis einverstanden erklären kann, um den Vorkaufsberechtigten von der Geltendmachung seines Rechtes abzuschrecken, liegt sehr nahe.

Hat aber der Vorkaufsverpflichtete in dem mit dem Dritten abgeschlossenen Verkaufsvertrage selbst den Preis, wenn auch aus Liberalität, gekürzt, so hat er dadurch selbst die Grundlage für den Inhalt des Vorkaufsanspruches geschaffen. Er vermag nun auch nicht eine Modifikation dieses letzteren Anspruches zu verlangen, ganz abgesehen davon, daß dadurch die erheblichsten praktischen Schwierigkeiten entstehen würden, denn der Vorkaufsanspruch würde seine sichere Grundlage verlieren, weil die Meinung des Vorkaufsverpflichteten (Verkäufers), welchen Theil des Preises er schenken wollte, selten in sicherer Weise festgestellt werden kann, während die Ermittelung des wahren Werthes der Sache eine Größe in die Gleichung einführen würde, die mit der Absicht der Vertragsschließenden und deshalb mit dem Vertragsschlusse selbst häufig nichts zu thun hat.

Zwar ist oben (Z. 1) gesagt worden, daß bei Schenkungen das Vorkaufsrecht nicht geltend gemacht werden könne. Allein um solche handelt es sich hier nicht. Wer um einen ganz außerordentlich geringen Preis verkauft, um den nummus unus der Römer[68]), der hat überhaupt nicht die Absicht, ein entgeltliches Geschäft abzuschließen: was er Kauf nennt, ist in Wirklichkeit von vornherein ebenso als Schenkung beabsichtigt, wie wenn er überhaupt keinen Preis, oder doch nur zum Scheine, d. h. mit der von vornherein gefaßten Absicht der Nichteinforderung, einen solchen vereinbart hätte[69]). In solchen Fällen liegen simulirte (verschleierte) Geschäfte vor; das nur scheinbar gewollte ist nicht rechtsbeständig[70]), das wirklich gewollte, aber verdeckte (dissimu-

[68]) L. 46 Dig. locati 19. 2 (Ulpian) Si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, quia et hoc donationis instar inducit. L. 10 § 2 Dig. de acquir. vel amitt. poss. 41. 2. Bechmann Kauf Th. 2 Abth. 1 S. 151, Th. 1 S. 212 fg.

[69]) L. 36 Dig. de contrah. empt. 18. 1 (Ulpian.) Cum in venditione quis pretium rei ponit donationis causa non exacturus, non videtur vendere.

[70]) L. 36 cit.; L. 38 eod. (Ulpian) . . . . totiens enim dicimus in totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis causa facta est . . .; L. 32 § 25 Dig. de donat. i. vir. et u. 24. 1 (Ulpian.) Idem erit dicendum et si emptio contracta sit donationis causa, nam nulla erit; L. 7 § 6 eod.; L. 3 Cod. de contrah. empt. 4. 38 Si donationis causa venditionis simulatus contractus est, emptio sui deficit substantia . . . .; L. 6 Dig. pro donato 41. 6 (Hermogenian.) Donationis causa facta venditione non pro emptore, sed pro donato res tradita usucapitur; ferner L. 5 § 5 Dig. de donat. i. vir. et u. 24. 1 (Ulpian.) Circa venditionem quoque Julianus quidem minoris factam venditionem nullius esse momenti ait; Neratius autem (cujus opinionem Pomponius non improbat) venditionem donationis causa inter virum et uxorem factam nullius esse momenti, si

lirte) Geschäft ist gültig[71]), wenn es den gesetzlichen Erfordernissen im übrigen entspricht[72]).

Anders wenn die Absicht wirklich auf Abschluß eines Verkaufsvertrages, d. h. auf Hingabe einer Sache gegen Geld, gerichtet war[73]). Wie hierbei Abweichungen zwischen dem vereinbarten Preise und dem wahren Werthe nicht nur vorkommen können, weil die justitia pretii kein Erforderniß zur Gültigkeit des Kaufvertrages ist, sondern auch in den meisten Fällen thatsächlich vorkommen, ohne daß hierdurch die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes beeinflußt wird, so vermag auch nicht eine bewußte Abweichung des Preises von dem wahren Werthe etwas an der rechtlichen Natur oder an der Gültigkeit des Rechtsgeschäftes zu ändern. Dies gilt selbst dann, wenn die Abweichung des Preises vom wahren Werthe den Zweck hat, dem Käufer eine Liberalität zu erweisen[74]). Die Vertragsschließenden haben hier nur ein Rechtsgeschäft abschließen wollen und wirklich abgeschlossen, nämlich einen Kaufvertrag; sonst hätten sie es in mehrere zerlegt: zunächst Verkauf, sodann Erlaß eines Theiles des Kaufpreises[75]). Jene Auffassung der Parteien wird aber regelmäßig von der Rechtsordnung respektirt; die Rechtsordnung hat

---

modo, cum animum maritus vendendi non haberet, idcirco venditionem commentus sit, ut donaret; enimvero si, cum animum vendendi haberet, ex pretio ei remisit, venditionem quidem valere, remissionem autem hactenus non valere, quatenus facta est locupletior . . .; ferner L. 20 § 1, L. 46 Dig. locati 19. 2 (Miethvertrag), L. 32 § 24 Dig. de donat. i. vir. et u. 24. 1 (Gesellschaftsvertrag), und im Allgemeinen L 54 Dig. de oblig et act. 44. 7 u. a. m. — Ueber Ausnahmen vgl. Bekker System des heut. Pandectenrechts Bd. 2 (1889) § 98 Anm. u, § 104 Anm. y.

71) L. 9 Cod. de contrah. empt. 4.38 . . . Sed et donationis gratia praedii facta venditione si traditio sequatur, actione pretii nulla competente perficitur donatio; L. 7 § 6 Dig. de donat i. vir. et u. 24.1; L. 6 Dig. pro donato 41.6 (s. vor. Anm.); L. 23 Cod. mand. 4.35 und L. 3 Cod. plus valere 4.22.

72) Vgl. die bei Schilling a. a. O. Bd. 3 § 351 Anm. ee (S. 794) citirten Quellenstellen; Dernburg Pand. Bd. 1 § 100 zu Anm. 8, Bekker a. a. O. § 98 Anm. v. w.

73) Vgl. L. 5 § 5 Dig. de donat. i. vir. et u. 24.1: cum animum vendendi haberet.

74) L. 38 Dig. de contrah. empt. 18.1 (Ulpian.) Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet; . . . . quotiens vero viliore pretio res donationis causa distrahitur, dubium non est, venditionem valere. Hoc inter ceteros (inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliore nullius momento est).

75) Vgl. L. 32 § 26 Dig. de donat. i. vir. et u. 24.1: . . . . . vel postea pretium sit remissum . . .; L. 31 § 4 eod.: . . . si post contractam emptionem novo consilio inito id pacti fuisset actum . . . Vgl. auch Seuff. Arch. Bd. 18 Nr. 132 (Darmstadt 14./1. 1862).

gewiß keine Veranlassung, den Parteiwillen zu korrigieren, an Stelle eines einzigen Geschäftes zwei zu setzen, deren Abgrenzung gegen einander häufig ganz unmöglich wäre[76]).

Von dieser Regel besteht indessen eine wichtige Ausnahme: Eingriffe in fremde Rechtssphäre und Eingriffe in zwingende Rechtssätze sind der Willkür der Parteien entzogen; wenn es daher im Sinne eines zwingenden Rechtssatzes liegt, gewissen Rechtsgeschäften Schranken zu setzen, so können diese Schranken nicht dadurch bei Seite geschoben werden, daß man das Rechtsgeschäft in einer Verhüllung auftreten läßt, verdeckt durch ein anderes, vielleicht sogar in erster Linie beabsichtigtes Rechtsgeschäft. Dann, aber auch nur dann, erscheint eine Analyse zulässig, um das in fremde Rechtssphäre eingreifende oder von dem zwingenden Rechtssatze betroffene Rechtsgeschäft aus dem nach außen allein hervorgetretenen Rechtsgeschäfte herauszuschälen[77]) und auf es insbesondere die Sonderbestimmungen anzuwenden, um deren Willen der Rechtssatz als zwingender gesetzt ist[78]).

---

[76]) Dieser praktische Gesichtspunkt tritt in der Entsch. R. O. H. G. 12. 3. 1875 (Entsch. Bd. 17 Nr. 4 S. 11, französisches Recht betreffend) besonders hervor, in der Beweis der Liberalitätsabsicht verlangt und ohne solchen die Trennung des einheitlichen Geschäftes versagt wird.

[77]) Abw. v Savigny System des heut. Röm. R. Bd. 4 S. 103, Bekker a. a. O. § 104 zu Anm. x. — Die Fassung Schillings a. a. O. zu Anm. v (S. 788) — ganz gültig sei das gemischte Geschäft, wenn der mit einem anderen gültigen Geschäfte sich verbindenden Schenkung kein Verbot oder sonstiges Hinderniß der Gültigkeit entgegen stehe; in diesem Falle werde das Ganze nach den Regeln des der Schenkung zu Grund liegenden Geschäftes beurtheilt — lauft darauf hinaus, daß zunächst doch zwei Geschäfte vorliegen und daß, wenn das eine (die Schenkung) als solches nicht zu beanstanden sei, es durch das andere absorbirt erscheine. Richtig Entsch. O. A. G. Rostock 26./1. 1866 in Budde und Schmidt Samml. Bd. 6 S. 154 ff. (auch in Seuff. Arch. Bd. 28 Nr. 223 I), unrichtig jedoch insofern das Insinuationserforderniß verneint wird. Vgl. auch Thöl Handelsr. 6. Aufl. § 252 Anm. 19.

[78]) Dahin gehören Rechtssätze, welche beschränken

1. nach Civilrecht:
   a) die Verfügung über das eigene Vermögen, z. B.
      Schenkungen des einen Ehegatten an den anderen sind regelmäßig nichtig, auch wenn sie mit einem anderen Vertrage verknüpft sind, L. 38 Dig. de contrah. empt. 18. 1, L. 5 § 5 Dig. de donat i. vir. et u. 24. 1, L. 31 § 3, 4 eod. (über diese Stellen vgl. v. Meyerfeld Lehre von den Schenkungen nach Röm. R. 1835. Bd. 1 S. 311 fg.) L. 32 § 26 eod., L. 52 eod. (vgl. v. Meyerfeld a. a. O. S. 318);
      Schenkungen über 500 solidi sind regelmäßig nichtig, wenn sie nicht insinuirt sind, vgl. Seuff. Arch. Bd. 6 Nr. 38 (Kiel 25./9. 1852), Bd. 18 Nr. 136 (Lübeck 7./11. 1864), Bd. 25 Nr. 238 (Rostock 9./2. 1871), Bd. 31 Nr. 138 (Dresden 6./5. 1874); abw. Bd. 28 Nr. 223 (s. vor. Anm.);

Ein zwingender Rechtssatz besteht aber im vorliegenden Falle nicht; die Rechtsordnung hat kein Interesse daran, daß der Vorkaufsberechtigte den Vertrag (Kauf u. s. w.) nicht zu günstigeren Bedingungen abschließe, als er ihn hätte abschließen können, wenn ohne Liberalitätsabsicht dem dritten Käufer gegenüber der Kaufpreis festgesetzt worden wäre. Noch weniger wird hier, was den Vorkaufsberechtigten betrifft, in nachtheiliger Weise in dessen Rechtssphäre eingegriffen; im Gegentheil, ihm kommt der Vortheil zu, der dem Dritten (Käufer) vielleicht allein nach der Absicht des Vorkaufsverpflichteten zukommen sollte. Es ist daher nicht zulässig das eine Rechtsgeschäft in zwei, in ihrer Begrenzung meistens sehr zweifelhafte Rechtsgeschäfte, zu zerlegen und die Geltendmachung des Vorkaufsanspruches ganz, oder insoweit es sich um Bethätigung einer Liberalität handelt, auszuschließen, oder doch nur unter anderen, ganz willkürlichen Bedingungen z. B. „Nachzahlung des am Preise nachweislich Gekürzten", zuzulassen[79]). —

Während beim Freundschaftskaufe regelmäßig der Verkäufer dem Käufer aus besonderer Zuneigung oder Liberalität einen geringeren als den werthentsprechenden Preis zugesteht, kann

b) den Eingriff in fremde Rechtssphäre, z. B.
Schenkungen sind regelmäßig untersagt Haussöhnen bezüglich ihrer Pekulien, Vormündern und Kuratoren hinsichtlich des Vermögens ihrer Pfleglinge (vgl. L. 7 § 2 Dig. de administr. 26. 7) u. s. w. (Bekker a. a. O. § 103 Anm. d, vgl. auch Stobbe Privatr. Bd. 4 § 272 Anm. 25), dem Ehemanne ohne Genehmigung seiner Frau hinsichtlich des Vermögens der Letzteren (Stobbe a. a. O. § 238 Anm. 25), u. s. w.;
Schenkungen unterliegen der Anfechtung, wenn sie benachtheiligen: Gläubiger (L. 7 Dig. quae in fraud. cred. 42. 8, Reichsges. 21./7 1879, K. O. § 22 ff), den Patron (L. 1 § 13 sqq. Dig. si quid in fraud. patroni 38. 5), den Vertragserben (Seuff. Arch. Bd. 23 Nr. 198, Wolfenbüttel 1./10 1867), u. s. w.;
Schenkungen unterliegen der Collationsverbindlichkeit (vgl. Entsch. Reichsg. 22./6. 1886, Bd. 16 S. 275 für Bad. L. R.) u. s. w.

2. nach öffentlichem Rechte, vgl. R. Str. G. B. § 331—335, Konsulatsgesetz v. 8./11. 1867 § 5 (R. G. Bl. 1867 S. 138), Militär-Strafgesetzbuch v. 20./6. 1872 § 114, 140, Reichs-Beamtengesetz v. 31./3. 1873 § 15 u. s. w., partikularrechtliche Bestimmungen über Erbschafts- und Schenkungssteuer u. s. w.

Aus dem im Texte Gesagten ergibt sich als praktische Folge die Unzulässigkeit des Widerrufes wegen Undankes hinsichtlich desjenigen Theiles des Geschäftes, der auf Liberalität zurückzuführen wäre; ferner die Ungültigkeit des ganzen Geschäftes, wenn beispielsweise die für den Kauf- u. s. w. Vertrag vorgeschriebene Form, z. B. Auflassung nicht beachtet wurde; die Anwendung der für den Kauf geltenden Regeln über Eviktion, Haftung für Fehlerhaftigkeit u. s. w. auf das ganze Geschäft; die Unanwendbarkeit des beneficium competentiae der Forderung des Käufers gegenüber, auch insoweit Liberalität vorliegen würde.

[79]) So Dernburg Preuß. Privatr. Bd. 1 § 381 Anm. 3.

auch umgekehrt der Käufer aus besonderer Zuneigung oder Liberalität dem Verkäufer einen höheren als den werthentsprechenden Preis bieten. Hier gelten ebenfalls die vorher entwickelten Grundsätze: das Geschäft ist Kaufvertrag, daher ist sein Inhalt auch für den Vorkaufsanspruch maßgebend[80]). Es wäre auch nicht abzusehen, warum der von dem Dritten gebotene Preis wegen des den wahren Werth übersteigenden Betrages für den Vorkaufsberechtigten nicht maßgebend sein sollte, da — von Simulation abgesehen[81]) — die Interessen des Vorkaufsverpflichteten nicht minder des Schutzes bedürfen, als die des Vorkaufsberechtigten, und da rechtlich auch gegen die beliebig hohe Festsetzung des Preises nichts einzuwenden ist[82]). —

5. Auch beim sog. Mengekauf oder Sammtkauf, d. h. einem Kaufe mehrerer Sachen um einen Gesammtpreis, schloß man den Retrakt und das Vorkaufsrecht theils ganz aus, theils ließ man sie nur unter gewissen Voraussetzungen zu.

Waren alle Kaufobjekte dem Retrakte, um damit zu beginnen, unterworfen, so stellte man bald den Retrahenten vor die Wahl, alle oder keines zu retrahiren[83]), bald gestattete man dem Retrahenten, auch einzelne Objekte nach seinem Belieben zur Taxe in Anspruch zu nehmen, wenn nämlich die betreffenden Objekte mit den übrigen nicht ein ungetheiltes Ganzes ausmachten und wenn durch ihre Wegnahme auch die übrigen Stücke nicht entwerthet wurden[84]). — Waren aber nur einzelne der zu einem Gesammtpreise verkauften Objekte dem Retrakte unterworfen, so gingen die Meinungen auseinander: manche ältere Schriftsteller schlossen den Retrakt ganz aus[85]), während Andere umgekehrt,

[80]) Für den Retrakt vgl. Urtheil der Juristenfakultät Tübingen von 1707 bei Harpprecht Responsa Tubing. Vol. 6 resp. 74 n. 35, Oeltze l. c. § 18 sq., Walch a. a. O. S. 179, Glück Bd. 16 S. 165. Abw. Harpprecht De venditione gratiosa § 76, der am justum pretium festhalten und den Käufer hier nicht anders beurtheilen zu können glaubte, als er den Verkäufer beurtheilt hatte.

[81]) Vgl Carpzov. Jurisprud. forens. P. 2 const. 33 def. 2, Hommel Rhaps. quaest, Tom. 1 obs. 206 n. 4 pag. 307.

[82]) Vgl. Bechmann Kauf Th. 2 Abth. 1 S. 149 Anm. 1. — War der Verkaufspreis ernstlich, aber übermäßig hoch festgesetzt, um den Vorkaufsberechtigten von der Geltendmachung des Retraktes abzuschrecken, so ließen manche Rechte, z. B. die Churfächs. Constitutionen von 1572 P. 2 const. 33, eine Ermäßigung auf den wahren Werth zu. Für das gemeinrechtliche Vorkaufsrecht kann dieser Satz nicht in Betracht kommen.

[83]) Vgl. die bei Glück Bd. 16 S. 184 Anm. 19 Citirten (theilweise zustimmend Glück a. a. O.), Holzschuher a. a. O. Z. 4; weitere Citate bei Stobbe a. a. O. § 89 Anm. 21.

[84]) Glück S. 185.

[85]) Citate bei Walch a. a. O. S. 206 Anm. 1—5, 9, 10, und bei Glück S. 182 Anm. 12, bei Stobbe a. a. O. Anm. 20.

theils schlechthin[86]), theils mit Zustimmung des Käufers[87]), eine Aussonderung des dem Retrakte unterworfenen Objektes zuließen, wobei dann wieder gewisse Unterscheidungen und Vorbehalte gemacht zu werden pflegten[88]). —

Diejenigen Gesetze und Schriftsteller, die die Aussonderung der dem Retrakte unterworfenen Sache als unzulässig, oder doch nur mit Zustimmung des Käufers als zulässig betrachteten, faßten ausschließlich das Interesse des Käufers ins Auge. Für das Vorkaufsrecht ist dieser Gesichtspunkt aber nicht in Betracht zu ziehen: der Vorkaufsberechtigte hat Anspruch gegen den Verkäufer, wenn er nur in der Lage ist, die von diesem mit dem Käufer vereinbarten Bedingungen zu erfüllen. Ob der Käufer, wenn ihm der Verkäufer eine der um einen Gesammtpreis verkauften Sachen nicht überliefert, weil er sie auf Grund des mit dem Vorkaufsberechtigten abgeschlossenen Kaufvertrages diesem überliefern will, Aufhebung des Kaufvertrages beanspruchen kann, ist für den Vorkaufsanspruch bedeutungslos, weil auf die Anfechtbarkeit des mit dem Käufer abgeschlossenen Vertrages sich jedenfalls der Vorkaufsverpflichtete (Verkäufer) nicht berufen kann, also auch nicht dem Vorkaufsanspruche gegenüber[89]). Während aber sonst der Inhalt des zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und einem Dritten (Käufer) abgeschlossenen Vertrages dem Vorkaufsanspruche unmittelbar seine Bestimmtheit verschafft, bedarf es hier einer Berechnung des Preises der einzelnen von mehreren um einen Gesammtpreis verkauften Sachen. Da eine solche auch sonst vorkommt[90]), so steht nichts entgegen, sie hier ebenfalls zur Anwendung zu bringen und dadurch zu verhüten, daß die willkürliche Festsetzung eines Gesammtpreises den Vorkaufsanspruch

[86]) Die bei Glück S. 183 Anm. 15 Genannten, Brueckner l. c. pag. 20 Nr. 4, Seuff. Arch. Bd. 15 Nr. 236 (Jena 28./8. 1839), Gerber a. a. O. § 176 Anm. 5, Renaud in der Zeitschr. für Deutsches R. Bd. 8 S. 265, Beseler a. a. O. § 94 zu Anm. 22; für das Vorkaufsrecht: Sächs. G. B. § 1123.

[87]) Der Käufer kann verlangen, daß der Retrahent auch die übrigen zu einem Gesammtpreise verkauften Objekte erwerbe: Walch a. a. O. S. 207, Gengler a. a. O. § 88 Anm. 27, Seuff. Arch. Bd. 10 Nr. 77 (Celle 20./5. 1851), Bd. 17 Nr. 81 (Celle 26./2. 1862), Stobbe a. a. O. Anm. 21; für das Vorkaufsrecht vgl. Preuß. L. R. I. 20 § 607 (vgl. Koch a. a. O. § 243 Anm. 10, Dernburg Preuß. Privatr. Bd. 1 § 381 Anm. 5, Förster-Eccius Preuß. Privatr. Bd. 3 § 189 Anm. 37).

[88]) Vgl. Glück S. 182 fg., Holzschuher a. a. O. Z. 4.

[89]) S. unten § 8 Z. 2.

[90]) L. 36, L. 64 Dig. de aedil. ed. 21. 1 vbd. mit L. 53 pr. Dig. de evict. 21. 2; Glück Bd. 20 S. 81 ff., Siintenis a. a. O. § 116 Anm. 122, Holzschuher a. a. O. § 244 Z. 2, Windscheid Pand. Bd. 2 § 394 Anm. 1a.

hinsichtlich einer einzelnen Sache, auf die sich das Vorkaufsrecht bezieht, ausschließe.

Diese Preisbestimmung erfolgt aber nicht absolut, sondern relativ, d. h. unter Berücksichtigung des Gesammtpreises. Es ist also der wahre Werth der einzelnen und der sämmtlichen um einen Gesammtpreis verkauften Sachen zu bestimmen, wobei zu berücksichtigen ist, daß der Werth der sämmtlichen Sachen nicht immer in der Zusammenrechnung der Einzelwerthe besteht. Das hierdurch ermittelte Werthverhältniß der einzelnen Sache zu den sämmtlichen Sachen ist sodann auf den mit dem Dritten (Käufer) vereinbarten Gesammtpreis anzuwenden, um den verhältnißmäßigen Kaufpreis der Sache zu ermitteln[91]).

Daß der Käufer dem Vorkaufsberechtigten nicht zumuthen kann, sämmtliche Sachen, auch diejenigen, auf die sich das Vorkaufsrecht nicht bezieht, um den Gesammtpreis zu kaufen oder von seinem Rechte abzustehen (wie dies für den Retrakt behauptet worden ist), versteht sich bei dem Mangel jedes Rechtsverhältnisses zwischen Beiden von selbst. Aber auch der Vorkaufsverpflichtete (Verkäufer) vermag ein solches Ansinnen nicht zu stellen, da es dem Vorkaufsanspruche zuwider läuft[92]). Dies gilt selbst dann, wenn das Vorkaufsrecht sich auf sämmtliche, um einen Gesammtpreis verkauften Sachen bezieht, denn es kann dem Verpflichteten nicht die Befugniß zugestanden werden, durch eine solche Preisbestimmung dem Berechtigten die Möglichkeit zu entziehen, bezüglich einzelner Sachen seinen Vorkaufsanspruch geltend zu machen.

Die für den Mengekauf geltenden Grundsätze kommen auch dann zur Anwendung, wenn die Sache, auf die sich das Vorkaufsrecht bezieht, als Bestandtheil eines Vermögenscomplexes oder eines ganzen Vermögens mit diesem verkauft worden ist, also auch im Falle des Erbschaftskaufes[93]).

---

[91]) Vgl. die in der vorigen Anmerkung angeführten Quellenstellen und Schriftsteller, dazu Seuff. Arch. Bd. 27 Nr. 113 (Entsch. R. O. H. G. 28./4. 1871). — Für den Retrakt, soweit man ihn überhaupt zuließ, ist häufig die absolute Preisbestimmung gefordert worden, vgl. Seuff. Arch. Bd. 15 Nr. 236 (Jena 28. 8. 1839), vgl. auch Förster-Eccius Preuß. Privatr. Bd. 3 § 189 vor Anm. 37. Richtig für den Retrakt: Voet Comment. ad Pand. Lib. 18 tit. 3 § 22, Walch a. a. O. S. 592 (Rechtsfall 25), Gengler a. a. O. § 88 Anm. 27, und für das Vorkaufsrecht: Dernburg Preuß. Privatr. Bd. 1 § 381 vor Anm. 5, Sächs. G. B. § 1123, Deutsch. Entw. § 484 Abs. 2.

[92]) Entsch. Bad. Oberhofg. 12./2. 1864 (Bad. Annal. Bd. 30 S. 55).

[93]) Vgl für Preuß. L. R. Entsch. Reichsg. 15./2. 1882 (Jurist. Wochenschr. 1882 S. 105): „Der Erbschaftskauf ist auch ein zur Geltendmachung des Vorkaufsrechtes geeigneter Vertrag", und vom 14./6. 1883 (Jurist. Wochenschr. 1883 S. 203 Z. 67).

6. Für den Fall, daß der Vorkaufsverpflichtete nur einen Theil der Sache verkauft, oder eine von mehreren Sachen[94]), auf die sich das Vorkaufsrecht bezieht, gelten die allgemeinen Grundsätze[95]). Der Vorkaufsberechtigte ist insbesondere nicht für befugt zu erachten, die Veräußerung des Theiles der Sache zu untersagen[96]), wenn nicht eine entsprechende Vereinbarung getroffen war[97]).

7. Kann das Vorkaufsrecht auch im Falle einer Versteigerung, insbesondere einer Zwangsversteigerung, ausgeübt werden?

Ohne Zweifel kann der Umstand, daß der Vorkaufsverpflichtete die Sache nicht aus freier Hand, sondern durch ein öffentliches Ausgebot, in einer Versteigerung, verkauft, keinen Einfluß auf seine Verpflichtung dem Vorkaufsberechtigten gegenüber ausüben; mag auch die Veräußerung dringlich sein, etwa um aus dem Erlöse Gläubiger zu befriedigen[98]). Der Verpflichtete hat die Möglichkeit, in den Versteigerungsbedingungen dem Vorkaufsrechte Rechnung zu tragen, seine Gebundenheit dem Steigerer gegenüber also suspensiv von der Nichtgeltendmachung des Vorkaufsrechtes, oder resolutiv von dessen Geltendmachung abhängig zu machen.

Anders liegt der Fall auch nicht, wenn der Verpflichtete die Versteigerung in die Hand des Richters legt, sei es in Folge eigener Entschließung oder in Folge gesetzlicher oder durch Rechtsgeschäft begründeter Verpflichtung: sog. freiwillige Subhastation[99]), denn der Richter, oder überhaupt der Versteigerungsbeamte, ist hier Vertreter des Antragstellers. Letzterer verkauft

94) Vgl. auch oben Z. 5 a. E.

95) Vgl. Dernburg Preuß. Privatr. Bd. 1 § 331 hinter Anm. 3, Motive zu § 481 fg. Deutschen Entwurfes (Bd. 2 S. 346).

96) Anders Sächs. G. B. § 1120. Vgl. auch Förster-Eccius Privat. Bd. 3 § 189 Anm. 31.

97) Andererseits ist aber auch der Vorkaufsberechtigte nicht für befugt zu erachten, sein Vorkaufsrecht nur zu einem ideellen Theile geltend zu machen vgl. Striethorst Arch. für Rechtsfälle des O. Trib. Berlin Bd. 1 S. 228 (Entsch. 27./10. 1865) und Bd. 60 S. 273 (Entsch. 28. 2. 1851); dies beruht auf der muthmaßlichen Absicht der Personen, durch welche das Vorkaufsrecht begründet wurde. Deshalb ist auch eine Ausnahme im Falle der Mehrheit von Berechtigten (s. unten § 12 Z. 4) anzuerkennen.

98) Walch a. a. O. S. 148 für den Retrakt.

99) Ueber freiwillige Subhastation vgl. Merkel in Weiskes Rechtslex. Bd. 10 S. 602 fg., 649 ff., Strippelmann Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des O. A. G. Cassel Bd. 6 S. 336 ff., Dernburg Preuß. Privatr. Bd. 1 § 345 Anm. 5. — Das Preuß. L. R. I. 20 § 615 macht, indem es allgemein von „gerichtlichen Verkäufen" spricht, keinen Unterschied zwischen freiwilligem und nothwendigem gerichtlichem Verkaufe (Entsch. O. Trib. Berlin 13./11. 1871, Bd. 66 S. 88).

durch den Beamten; er ist also in der Lage auf das Vorkaufsrecht in der vorher bezeichneten Weise gebührende Rücksicht zu nehmen.[100])

Bei der nothwendigen Subhastation bestand dagegen von jeher Meinungsstreit. Die Ansicht, daß der Retrakt bei einer nothwendigen Subhastation wegfalle[101]), wurde durch die gegentheilige Ansicht fast völlig verdrängt[102]), während man in neuerer Zeit wieder mehr der ersterwähnten Ansicht sich zuzuneigen beginnt[103]). — Für das Vorkaufsrecht wurde die Frage, ob es auch im Falle eines Zwangsverkaufes geltend gemacht werden könne, zu einer Zeit wiederholt aufgeworfen, in der die den Retrakt in solchem Falle zulassende Meinung allgemein für allein richtig angesehen wurde. Die Frage wurde denn auch unbedenklich bejaht[104]), obgleich gerade hier eine analoge Anwendung der für den Retrakt geltenden oder als geltend behaupteten Grundsätze auf das Vorkaufsrecht nicht wohl möglich ist[105]). Beim Retrakte geht der Anspruch nicht gegen den Verkäufer, sondern gegen den Käufer (Steigerer); hier wirft sich das Bedenken auf, ob die Autorität des versteigernden Richters den Steigerer nicht gegen die Geltendmachung des Retraktes schützen soll[106]) und ob es dem

[100]) Auch für den Retrakt fast allgemein anerkannt; abw. die bei Glück Bd. 16 S. 159 Citirten.

[101]) Vgl. die bei Walch a. a. O. S. 147 Anm, 7—13 Genannten, denen beizufügen sind Berlich Conclus. practicab. P. 2 concl. 39 n. 65, Voet Comment. ad Pand. Lib. 18 tit. 3 § 23.

[102]) Walch a. a. O. S. 147 und die daselbst Anm. 18—22 citirten Carpzov, Horn, Wernher, Berger und Leyser; ferner: Gebr. Overbeck Meditat. über verschiedene Rechtsmaterien Bd. 3 Med. 112, Glück Bd. 16 S. 158, Gerber a. a O. § 176 zu Anm. 5, Gengler a. a. O. § 88 Anm. 28, Renaud in der Zeitschr. für Deutsches R Bd. 8 S. 266, Heimbach in Weiskes Rechtslex. Bd. 13 S. 293, Merkel daselbst Bd. 10 S. 622, Holzschuher a a. O. Z. 5, Beseler a. a. O § 94 Anm. 23.

[103]) Stobbe a. a. O. Bd. 2 § 89 Anm 25 Den dort angeführten Landrechten kann auch das Katzenellnboger L. R. von 1589 Th. 1 Tit. 4 § 8 und das Mainzer L. R. von 1755 Tit. 24 § 6 angefügt werden.

[104]) Berger l. c. § 15, Walch a. a. O. S 93 Anm. 1. Brueckner l. c. pag. 19 not. y, Sin e is a. a. O. S. 643 Anm. 235 a. E., Seuff. Arch. Bd. 21 Nr. 54 (Dresden 15./6. 1866), Treitschke-Wengler a. a. O. S. 212 fg. — Der Hinweis auf L. 16 Dig. de reb auct. jud. 42.5 (s. oben § 2 Z. 2), der sich bei einigen der genannten Schriftsteller findet, kann hier nichts beweisen. — Vorkaufsrecht und Retrakt schließt regelmäßig aus Gutius Sächs. Civilr. Bd 4 § 1423 b.

[105]) Richtig v. Bülow und Hagemann Prakt Erörterungen Bd. 2 Nr. 56 S. 379.

[106]) Gegen Pfandrechte ist der Steigerer geschützt, vorausgesetzt, daß öffentlicher Aufruf zur Wahrung der Rechte erfolgt war, L. 6 Cod. de remiss. pign. 8. 25 (26), Dernburg Pfandr. S. 550 fg., Seuff Arch. Bd. 17 Nr. 215. Auch

Zwecke des Zwangsverkaufes nicht widerspricht, daß die Bietenden sich wegen der Möglichkeit eines Retraktsanspruches von dem Erwerbe in der Subhastation abschrecken lassen.

Beim Vorkaufsrechte kommen diese Bedenken nicht in Betracht, denn es gewährt stets nur obligatorischen Anspruch gegen den Verpflichteten, nicht aber Anspruch gegen den Steigerer. Andererseits aber hat die Geltendmachung des Vorkaufsrechtes zur Voraussetzung, daß der Verpflichtete einen Vertrag (Verkauf u. s. w.) abgeschlossen habe. Das Vorkaufsrecht kommt also nicht zur Geltung, wenn ein Dritter einen Vertrag (Verkauf u. s. w.) hinsichtlich der Sache, auf die es sich bezieht, abgeschlossen hat. Ein solcher Fall liegt beim Zwangsverkaufe vor: es versteigert der Richter Kraft seines Amtes, nicht aber als Stellvertreter oder gar als Beauftragter des Schuldners (Vorkaufsverpflichteten); das Vorkaufsrecht kann also nicht geltend gemacht werden. Zu demselben Ergebnisse führt auch ein Blick auf die Intention der das Vorkaufsrecht begründet habenden Personen. Es kann nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber bei gesetzlichen, der Erblasser bei letztwillig, der Richter bei richterlich, die Vertragsschließenden bei vertragsmäßig begründeten Vorkaufsrechten den Vorkaufsverpflichteten zur Erfüllung des Vorkaufsanspruches, also zum Vertragsschlusse und hierdurch (indirekt) beim Vorkaufsrechte i. e. S. zur Lieferung der Sache nöthigen wollten, wenn er außer Stand gesetzt ist, auf diese Verpflichtung durch einen zunächst suspensiv oder resolutiv bedingten[107]) Vertragsschluß mit dem Dritten diejenigen Rücksicht zu nehmen, die ihn vor eigenem Nachtheile zu bewahren vermag. Nun hat aber der Vorkaufsverpflichtete beim Zwangsverkaufe nicht den mindesten Einfluß auf die Festsetzung der Versteigerungsbedingungen; der Richter setzt diese vielmehr Kraft seines Amtes fest, wenn nicht bereits das Gesetz Vorschriften über die Versteigerungsbedingungen getroffen hat. Der Vorkaufsverpflichtete befindet sich also in der Unmöglichkeit dem Vorkaufsanspruche zu genügen, denn wenn er auch, der geschehenen Versteigerung ungeachtet, den vom Berechtigten verlangten Vertrag (Verkauf u. s. w.) schließen könnte, so kann er doch den geschlossenen Vertrag in Folge des Zwangsverkaufes nicht erfüllen. Der Vorkaufsanspruch, d. h. der Anspruch auf contrahere, ist nun allerdings durch die Unmöglichkeit der Erfüllung des aus dem zu schließenden Vertrage entspringenden

jene Voraussetzung fällt weg bei Versteigerungen durch den Fiskus oder den Landesherrn, L. 8 eod., vgl. auch Windscheid Pand. Bd. 1 § 165 Anm. 6

[107]) Suspensiv unter der Bedingung der Nichtgeltendmachung, resolutiv unter der Bedingung der Geltendmachung des Vorkaufsanspruches.

Anspruches, nicht ebenfalls unmöglich geworden, denn an Stelle der künftigen Naturalleistung, die unmöglich geworden ist, kann Interessenleistung treten. Wo dies der Fall ist, hat das contrahere Zweck, im entgegengesetzten Falle ist das contrahere sinnlos, denn auf Grund des contractus kann dann doch nichts vom Schuldner erlangt werden[108]). Die Frage, ob der Anspruch auf contrahere trotz des Zwangsverkaufes fortbesteht, spitzt sich mithin zu der Frage zu, ob der Berechtigte vom Verpflichteten Schadensersatz demnächst auf Grund des etwa abgeschlossenen Vertrages (trotz der durch den Zwangsverkauf bewirkten Unmöglichkeit) verlangen kann, und die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob den Verpflichteten eine Schuld trifft[109]). Trifft ihn Schuld, so besteht der Anspruch auf contrahere (Vorkaufsanspruch) nach wie vor; trifft ihn keine Schuld, so findet der Vorkaufsanspruch nicht statt.

Verschulden kann aber nicht schon darin gefunden werden, daß der Verpflichtete andere Verbindlichkeiten nicht erfüllt und dadurch den Zwangsverkauf veranlaßt hat, zumal er in den meisten Fällen gar nicht voraussehen konnte, daß gerade die Sache, auf die sich das Vorkaufsrecht bezieht, zur Zwangsvollstreckung gezogen werde. Verschulden liegt vielmehr nur dann vor, wenn er in der Absicht, das Vorkaufsrecht zu vereiteln, die Sache der Zwangsvollstreckung aussetzen ließ.

Fällt mithin regelmäßig der Vorkaufsanspruch weg, so ist damit nicht jedes obligatorische Band zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten beseitigt. Der Verpflichtete muß, trotzdem ihm die Erfüllung des auf contrahere gerichteten Vorkaufsanspruches unmöglich geworden ist, noch das leisten, was er zu leisten vermag[110]). Er vermag aber dem Berechtigten Kenntniß von der bevorstehenden Zwangsversteigerung zu geben, damit der Berechtigte in dieser mitbieten und dadurch sich vor Schaden bewahren kann[111]).

---

108) Die obligatio ad contrahendum hat keine Leistung von Vermögenswerth mehr zum Gegenstande. Vgl. Dernburg Pand. Bd. 2 § 17.

109) Vgl. Windscheid Pand. Bd. 2 § 264 Z. 2.

110) Vgl. Windscheid a. a. O. § 264 Anm. 6, insbesondere § 3 i. f. Inst. de empt. 3. 23, L. 35 § 4 Dig. de contrah. empt. 18. 1, L. 21 i. f. Dig. de her. vel act. vend. 18. 4, L. 13 § 12, 17, L. 31 pr. Dig. de act. empt. vend. 19. 1, L. 14 pr. de furtis 47. 2.

111) Diese Benachrichtigung unterscheidet sich hinsichtlich ihres Inhaltes und ihrer juristischen Natur wesentlich von der unten § 10 Z. 3 zu besprechenden Verpflichtung zur Vertragsanbietung. Die im Falle eines Zwangsverkaufes vorzunehmende Benachrichtigung geht dem Zwangsverkaufe voraus, sie braucht nur Zeit und Ort der bevorstehenden Zwangsversteigerung anzugeben; Sache des Berechtigten ist es, sich über den Inhalt der Versteigerungsbedingungen vor oder

Während sonst der Vorkaufsberechtigte Anspruch darauf hat, unter den mit einem Dritten vereinbarten Bedingungen, also insbesondere zu dem mit dem Dritten vereinbarten Kaufpreise, den Vertrag (Kauf) abschließen zu dürfen, muß er in der Versteigerung den von einem Dritten gebotenen Preis, nach allgemeinen Grundsätzen, überbieten[112]). Anspruch auf Ersatz des Unterschiedes zwischen dem Gebote des Dritten und seinem eigenen Gebote ist aber dem Berechtigten nicht zuzugestehen, weil, wie vorhin ausgeführt, der Vorkaufsanspruch als solcher hier nicht zur Geltung gelangt.

Dagegen haftet der Verpflichtete nach allgemeinen Grundsätzen, also Verschulden vorausgesetzt, wenn er durch Unterlassung oder Verspätung der Benachrichtigung dem Berechtigten Schaden zugefügt hat.

Ob der Zwangsvollstreckungsbeamte die ihm bekannten Vorkaufsberechtigten, und insbesondere diejenigen von ihnen, welche sich zur Sicherung ihres Rechtes eine Hypothek hatten eintragen lassen, vom Bietungstermine von Amtswegen zu benachrichtigen hat, hängt von den Bestimmungen der Partikularrechte ab[113]). —

Bezüglich der gesetzlichen Vorkaufsrechte ist noch folgendes anzufügen:

Das Vorkaufsrecht der Gläubiger und Verwandten (L. 16 Dig. de reb. auct. jud. poss. 42.5) hatte gerade eine Zwangsvollstreckung, nämlich die Versteigerung im Konkurse, zur Voraussetzung (s. oben § 2 N. 2). Hier kann also kein Zweifel entstehen.

in dem Versteigerungstermine Kenntniß zu verschaffen. — Sie ist nicht Vertragsanbietung, sondern denuntiatio (vgl. auch L. 27 § 2 Dig. mand. 17. 1, L. 13 § 7 Dig. locati 19. 2); erstere ist Bestandtheil des Vorkaufsanspruches, letztere Surrogat desselben; erstere muß vom Verpflichteten ausgehen, letztere wird durch die auf andere Weise erlangte Kenntniß des Berechtigten vom Versteigerungstermine ersetzt.

112) Anders nach Preuß. Ges. betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen v. 13./7. 1883, § 67.

113) Vgl. Preuß. L. R. I, 20 § 615—617 und das vorerwähnte Gesetz 13./7. 1883 § 67 (dazu Entsch. Reichsg. 3./7 1886 bei Bolze Praxis des Reichsg Bd. 3 Nr. 167 und in der Jurist Wochenschr. 1886 S. 281 Z. 48), Oesterr. G. B. § 1076, vgl. auch Sächs. G. B. § 1126, abgeändert durch § 68 der Sächs. Subhastationsordnung vom 15./8. 1884, Steinacker Privatr. des Herzogth. Braunschweig 1843 S. 483 Anm. 24 u. s. w.

Die für den Reirakt viel erörterte Frage, ob das Recht noch nach dem Zuschlage geltend gemacht werden könne (vgl. Walch S. 146, Glück S. 158 fg.), hat für das Vorkaufsrecht natürlich keine Bedeutung. Vgl. jedoch Treitschke-Wengler a. a. O. S. 212 fg.

Das Vorkaufsrecht des Eigenthümers des emphyteutischen Grundstückes folgt jedoch den für andere Vorkaufsrechte geltenden Regeln, da auch es nur persönlichen Anspruch gewährt (s. oben § 6) und die Gründe, die die Ausübung des Vorkaufsrechtes im Falle des Zwangsverkaufes ausschließen, auch hier zur Anwendung kommen. Wenn das von älteren Schriftstellern[114]), aber auch in neuerer Zeit[115]) bestritten worden ist, so beruhte es auf Verkennung der lediglich obligatorischen Natur dieses Vorkaufsanspruches und auf einseitiger Berücksichtigung der Interessen des Eigenthümers des emphyteutischen Grundstückes[116]). Allerdings kann der Eigenthümer verlangen, daß der Steigerer idonea persona sei und das laudemium zahle[117]), auch den sonstigen Bedingungen nachkomme, bei Meidung der Kaduzität, allein seinen Vorkaufsanspruch vermag er nicht geltend zu machen. Will er das emphyteutische Recht zurückerwerben, so muß er im Termine mitbieten; zu diesem Zwecke hat ihn der Emphyteuta von Ort und Zeit des Zwangsverkaufes zu benachrichtigen[118]).

§ 8.

Fortsetzung.

Einfluß von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit des Vertrages mit dem Dritten.

Damit das Vorkaufsrecht geltend gemacht werden kann, wird der Abschluß eines Vertrages der im vorigen § bezeichneten

114) Auf demselben Standpunkte standen auch einzelne Partikularrechte und zwar selbst solche, die den Retrakt bei einem Zwangsverkaufe ausschlossen. Vgl. Mainzer L. R. von 1755 Tit. 24 § 6: „Bei denen öffentlich n subhastirten oder versteigerten Gütern hat kein Abtrieb Platz, außer wegen den Erbbestandsgütern, als worin dem Eigenthumsherrn oder domino directo der Einstand und Abtrieb, auch sonstige Befugniß, nach denen gemein beschriebenen Rechten ausdrücklich vorbehalten werden."

115) Seuff. Arch. Bd. 17 Nr. 78 (Wolfenbüttel 29./10. 1847). Vgl. auch Glück Bd. 8 S. 513, Arndts in Weiskes Rechtslex. Bd. 3 S. 864 zu Anm. 86.

116) Richtig Berlich Decis. aureae P. 1 decis. 98 n. 15 sqq.

117) Ueber die Streitfrage, ob derjenige, der bei der Subhastation des emphyteutischen Grundstückes Meistbietender bleibe und den Zuschlag erhalte, für seine Aufnahme als Emphyteuta laudemium zahlen müsse vgl. Glück Bd. 8 S. 512 ff.

118) Den verkaufenden Pfandgläubiger hielt Donellus (Comment. jur. civ. Lib. 9 c. 14 § 20) zur Erfüllung der Vorkaufsverbindlichkeit dem Eigenthümer des emphyteutischen Grundstückes gegenüber verpflichtet. Aber die persönlichen Verbindlichkeiten des Pfandschuldners hat der Pfandgläubiger nicht zu erfüllen.

Art vorausgesetzt. Die Erfordernisse eines solchen Vertrages sind nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen, beim Vorkaufsrechte i. e. S. also auch die Frage, welche Sachen Gegenstand eines Verkaufes sein können[1]). Beim Mangel eines derartigen Erfordernisses, oder aus einem anderen Grunde, kann der mit dem Dritten abgeschlossene Vertrag nichtig oder anfechtbar sein. Es bedarf daher einer besonderen Prüfung, welchen Einfluß Nichtigkeit und Anfechtbarkeit des mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrages auf die Geltendmachung des Vorkaufsrechtes ausüben.

I. Wenn die Geltendmachung des Vorkaufsrechtes zur Voraussetzung hat, daß mit einem Dritten ein Vertrag abgeschlossen worden ist, so kann nur ein Vertrag im Rechtssinne gemeint sein, nicht aber ein Geschäft, das nur in der Meinung der Vertragsschließenden (des Vorkaufsverpflichteten und des Dritten), oder vielleicht selbst da nicht, als Vertrag existirt. Der Vertrag darf also nicht nichtig sein[2]).

Man unterscheidet zwischen absoluten und relativen Nichtigkeiten; bei ersteren vermag sich Jedermann auf die Nichtigkeit zu berufen, bei letzteren dagegen ist nur bestimmten Personen gestattet, die Nichtigkeit geltend zu machen[3]).

Absolute Nichtigkeiten liegen vor, wenn Normen des zwingenden Rechtes verletzt sind, relative Nichtigkeiten können vorliegen, wenn andere Normen verletzt sind. Im ersteren Falle ist vorheriger Verzicht auf die Anwendung (Befolgung) der Norm oder hinterherige Verzeihung der Nichtanwendung (Nichtbefolgung) der Norm unmöglich, und eine bloße Bestätigung[4]) darum ausgeschlossen. Hierher gehören Mängel wie fehlende Willensfähigkeit, Unstatthaftigkeit des Inhaltes der Willenserklärung, Nichtbefolgung der bei Meidung der Nichtigkeit vorgeschriebenen Form.

Da wo nicht Normen des zwingenden Rechtes verletzt sind, ist Verzicht auf die Geltendmachung der Nichtigkeit nicht

---

[1]) Besondere Regeln für das Vorkaufsrecht bestehen in dieser Beziehung nicht; bezüglich der Frage, welche Sachen Gegenstand des Retraktes sein können, vgl. Walch a. a. O. S. 125 ff.

[2]) Für den Retrakt vgl. Walch a. a. O. S. 158 fg., Renaud in der Zeitschr. für Deutsches R. Bd. 8 S. 262; für das Vorkaufsrecht vgl. Berger l. c. § 13, Walch a. a. O. S. 93 Anm. 1, auch Dernburg Preuß. Privatr. Bd. 1 § 381 Anm. 7.

[3]) Dernburg Pand. Bd. 1 § 120 Anm. 7.

[4]) L. Seuffert Ratihabition der Rechtsgeschäfte 1868 S. 117, Windscheid Pand. Bd. 1 § 83 Z. 2.

ausgeschlossen. Das Verzichtsrecht steht demjenigen zu, dessen Willenserklärung mit dem Mangel behaftet ist z. B. wegen wesentlichen Irrthums, absoluten Zwanges. Hierher gehören auch die negotia claudicantia[5]). Wer auf die Geltendmachung der Nichtigkeit verzichten kann, der allein kann sich auch auf die Nichtigkeit berufen, denn ihm allein steht die Entschließung zu, ob er von seinem Verzichtsrechte Gebrauch machen will, oder nicht.

Andererseits kann beiden Vertragsschließenden die Geltendmachung der Nichtigkeit zustehen, wenn die Willenserklärungen beider Theile an einem Mangel leiden (z. B. bei simulirten Geschäften), oder keinem der Vertragsschließenden, wohl aber einem Dritten, wenn die Willenserklärungen nicht mangelhaft sind, aber in die Rechtssphäre eines Dritten eingreifen. —

Es besteht nun ein Unterschied, je nachdem der Vorkaufsverpflichtete im Verhältnisse zum Vorkaufsberechtigten als Offerent auftritt, oder als Oblat. Ergreift der Verpflichtete die Initiative zum Vertragsschlusse mit dem Vorkaufsberechtigten, so kann der Berechtigte die Vertragsofferte insolange, als irgend welche Art von Nichtigkeit besteht, zurückweisen, ohne dadurch seinen Vorkaufsanspruch zu verlieren[6]). Er kann verlangen, daß der mit dem Dritten geschlossene Vertrag zunächst ins Reine gebracht, die diesem Vertrage anhaftenden Mängel also, wenn überhaupt möglich, zunächst beseitigt werden. Denn wenn eine Heilung der Nichtigkeit nicht möglich ist, oder, wo sie möglich ist, nicht erfolgt, ist der Vertrag nullius momenti, der Vorkaufsanspruch sonach nicht zur Geltung gelangt und ein Untergang dieses Anspruches wegen Nichtannahme der Offerte mithin nicht möglich[7]).

---

[5]) Der Vertrag ist zunächst nicht ungültig; der dem Minderjährigen gegenüberstehende Contrahent ist an den Vertrag gebunden. Aber es entsteht für den Minderjährigen keine Verpflichtung, sofern der Vormund nicht genehmigt. Der andere Contrahent kann verlangen, daß die Ratihabition binnen angemessener Frist erfolge; unterbleibt die Ratihabition, so gilt dies als Nichtgenehmigung, und der Vertrag stellt sich als nichtig heraus. — Auch bei der addictio in diem gilt die Bedingung si melior condicio allata sit als erfüllt, wenn die Kaufofferte auch nur von einem pupillus sine tutoris auctoritate ausging, oder wenn mit einem solchen ein Kaufvertrag geschlossen wurde, L. 14 § 3 Dig. de in diem addict. 18. 2.

[6]) Er kann zurückweisen; er kann aber auch die Offerte als gültig gelten lassen und sie annehmen oder ablehnen, oder die Annahmefrist verstreichen lassen. Jedenfalls muß er, wenn er sich auf Nichtigkeit berufen will, dies alsbald thun; doch bleibt ihm die actio doli, wenn er, über vorhandene Nichtigkeit arglistig getäuscht, die Offerte als gültig gelten ließ und dadurch Schaden erlitten hat.

[7]) Die vorhin citirte L. 14 § 3 Dig. de in diem addit. 18.2 (Sed et si pupillus postea sine tutoris auctoritate pluris emerit, consentiente ven-

Ergreift aber der Vorkaufsberechtigte die Initiative zum Vertragsschlusse mit dem Vorkaufsverpflichteten, so kann der Letztere dem Berechtigten gegenüber nicht besser gestellt sein, als er dem Dritten (ersten Vertragsschließenden) gegenüber gestellt wäre. Wie der Verpflichtete sich dem Dritten gegenüber nicht auf solche Nichtigkeiten berufen könnte, deren Geltendmachung nur dem Letzteren zusteht, oder gar einem Dritten, so vermag er solche Nichtigkeiten auch nicht dem Vorkaufsberechtigten gegenüber geltend zu machen. Hier kommt also obige Unterscheidung der verschiedenen Arten von Nichtigkeiten in Betracht. So kann beispielsweise der Vorkaufsverpflichtete sich dem Vorkaufsberechtigten gegenüber auf seine eigene Minderjährigkeit zur Zeit des Vertragsschlusses und den Mangel der hiernach erforderlichen vormundschaftlichen bezw. obervormundschaftlichen Genehmigung berufen[8]), nicht aber auf die Minderjährigkeit des Dritten (ersten Käufers); auch vermag er sich auf Simulation zu berufen, wenn der Vertrag simulirt war, d. h. wenn beide Vertragsschließenden in Wirklichkeit einen Vertrag nicht begründen wollten[9]), nicht aber, wenn sich ergiebt, daß die Willenserklärung des Dritten (ersten Käufers) simulirt war, während ihm die Berufung darauf, daß seine eigene Willenserklärung simulirt gewesen sei, schon nach allgemeinen Grundsätzen versagt wird[10]).

Eine andere Frage ist es, ob das durch das simulirte Geschäft verdeckte, wirklich beabsichtigte (dissimulirte) Geschäft die Geltendmachung des Vorkaufsanspruches zuläßt. Die Frage ist zu bejahen, wenn das dissimulirte Geschäft von der Art ist, daß es die Geltendmachung des Vorkaufsanspruches überhaupt zuläßt[11]) und wenn es rechtsgültig ist. Für das Rechtsverhältniß zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsverpflichteten

ditore abibitur a priore emptione . . . .) ist hier nicht analog anwendbar, denn beim Vorkaufsrecht wird das Vorhandensein eines Vertrages vorausgesetzt; es genügt nicht schon das Vorhandensein einer Offerte, wie bei der addictio in diem.

[8]) Für den Retrakt: v. Bülow und Hagemann Prakt Erörterungen Bd. 4 Nr. 7 S. 39 fg., vgl. auch Walch a. a. O. S. 160 Anm. 3.

[9]) Für den Retrakt: Walch a. a. O. S. 158 fg. für das Vorkaufsrecht: Berger l. c. § 13, Dernburg Preuß. Privatr. Bd. 1 § 381 Anm. 7, und im Allgemeinen Regelsberger in Endemanns Handb. des Handelsrechts Bd. 2 § 241 Anm. 18 und die daselbst Citirten. — Vgl. auch L. 4 § 5 Dig. de in diem addict. 18.2: si falsus emptor subjectus sit, elegantер scribit Sabinus priori rem esse emptam, quia non videtur melior condicio allata esse non existente vero emptore. L. 6 pr. eod.

[10]) Vgl. im Allgemeinen Schloßmann Vertrag S. 105 ff., Regelsberger a. a. O. § 240 Anm. 8 ff., § 241 Anm. 12 ff. — Abw. für das Vorkaufsrecht: Obertrib. Berlin 3./3. 1861 (Entsch. Bd. 45 S. 51).

[11]) S. oben § 7.

kommen die vorhin vorgetragenen und die sogleich zu erörternden Grundsätze über den Einfluß von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit des dissimulirten Geschäftes auch hier zur Anwendung.

Die bloße „Perficirung" eines mit einem Dritten abgeschlossenen nichtigen Vertrages ist dagegen für den Vorkaufsanspruch bedeutungslos [12]). Liegt darin eine Heilung der Ungültigkeit (wo eine solche überhaupt möglich ist), so gereicht diese, nicht die „Perficirung" des Vertrages als solche, dem Vorkaufsberechtigten zum Vortheil. Im entgegen gesetzten Falle aber vermag der Vorkaufsverpflichtete trotz der „Perficirung" dem Dritten gegenüber mit einer Rückforderungsklage aufzutreten und sich auch dem Vorkaufsberechtigten gegenüber auf die noch bestehende Nichtigkeit des Vertrages zu berufen [13]), sofern ihm dies nach dem oben Bemerkten auch sonst gestattet ist. —

2. Während ein nichtiges Rechtsgeschäft für das Recht als nicht existirend gilt, ist das anfechtbare Rechtsgeschäft existent und wirksam, so lange nicht eine Reaktion stattfindet, ausgehend von einem durch den Abschluß des Geschäftes Beeinträchtigten, sei dies einer der Vertragsschließenden oder ein Dritter [14]). Die Anfechtbarkeit nähert sich der relativen Nichtigkeit, gleichwohl besteht der aus dem Begriffe der Anfechtbarkeit sich ergebende Unterschied.

Die Anfechtbarkeit kann begründet sein dem mit dem Dritten (ersten Käufer) abgeschlossenen Rechtsgeschäfte als solchem gegenüber, oder einem späteren zur Bestärkung oder Aenderung oder Aufhebung des ersten Rechtsgeschäftes abgeschlossenen Rechtsgeschäfte gegenüber. Da der Vorkaufsanspruch mit dem Abschlusse des Rechtsgeschäftes bereits entstanden war, bietet die Anfechtbarkeit des späteren Rechtsgeschäftes für uns kein Interesse. Noch weniger bietet für uns aber Interesse, ob dem aus dem abgeschlossenen Rechtsgeschäfte hervorgegangenen Anspruche eines Contrahenten ein Gegenanspruch gegenübersteht, oder ob jener Anspruch durch eine exceptio abgewehrt werden kann, wenn es nicht eine solche ist, die mit der Entstehung des Rechtsge-

[12]) A. M. Renaud im Magazin für Bad. Rechtspflege und Verwaltung Bd. 5 S. 401 fg.

[13]) Ebenso umgekehrt der Vorkaufsberechtigte dem Verpflichteten gegenüber, wenn dieser Offerent ist.

[14]) Beispiele: actio Pauliana, Anfechtbarkeit nach Reichsgef. vom 21./7 1879 und § 22 ff. K. O. Auch § 6 K. O. gehört hierher (a. M. Dernburg Pand. Bd. 1 § 120 Anm. 7).

schäftes zusammenhängt. Dann ist aber das Rechtsgeschäft selbst anfechtbar, nicht nur der aus ihm erhobene Anspruch[15]).

Der Vorkaufsanspruch verhält sich nun dem anfechtbaren Geschäfte gegenüber gerade so wie dem relativ nichtigen gegenüber. Ist der Vorkaufsverpflichtete Offerent, so vermag[16]) der Vorkaufsberechtigte sich auf die Anfechtbarkeit zu berufen und zu verlangen, daß diese zunächst beseitigt werde, bevor er Stellung zu der Frage nehme, ob er die Offerte annehmen oder ablehnen solle[17]). Ist der Vorkaufsberechtigte Offerent, so vermag der Vorkaufsverpflichtete sich nur dann dem Vorkaufsberechtigten gegenüber auf die Anfechtbarkeit des Geschäftes zu berufen, wenn er dies auch dem Dritten gegenüber zu thun vermöchte; er kann also dem Berechtigten gegenüber nicht eine Anfechtbarkeit geltend machen, deren Geltendmachung dem anderen Contrahenten (ersten Käufer) oder gar einem Dritten zusteht.

Da das Vorkaufsrecht gemeinrechtlich contrahere zum Gegenstande hat, nicht aber im Eintritte in einen inter alios (dem Verpflichteten und dem Dritten abgeschlossenen Vertrag besteht[18]), so kann auch von einer Fortwirkung der Anfechtbarkeit, d. h. von einer Uebertragung der Anfechtbarkeit des ersten Geschäftes auf das mit dem Vorkaufsberechtigten abzuschließende nicht die Rede sein[19]). Denn entweder macht der Vorkaufsverpflichtete von dem ihm gegen den ersten Vertrag zustehenden Anfechtungsrechte Gebrauch, dann hat er den Vertragsschluß mit dem Vorkaufsberechtigten abzulehnen, oder er schließt den Vertrag (Verkauf u. s. w.) mit dem Vorkaufsberechtigten, indem er auf die Geltendmachung seines Anfechtungsrechtes verzichtet, dann vermag er auf die aufgegebenen Einwendungen nicht mehr zurückzugreifen. Ob der zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Vorkaufs-

---

15) Exceptio quod metus causa, exceptio doli (specialis), im Gegensatz zur exceptio compensationis, pacti de non petendo, ferner der Einrede des Verzichtes, der Verjährung. — Vgl. auch unten § 9 Z. 3 und im Allgemeinen Unger Oesterr. Privatr. Bd. 2 § 91 Anm. 77a S. 159.

16) Es gilt hier das oben Anm. 6 Gesagte, auch bezüglich der actio doli.

17) Beispielsweise: der Vorkaufsverpflichtete hat es durch psychologischen Zwang (im Gegensatze zum absoluten, der das Geschäft nichtig macht) oder durch Betrug erreicht, daß ein Dritter mit ihm einen Kaufvertrag unter Bedingungen abgeschlossen hat, die enorm lästig für den Dritten, also auch für den Vorkaufsberechtigten sein würden. Genehmigt der gezwungene oder betrogene Dritte den Kauf hinterher, so muß dies auch der Vorkaufsberechtigte sich gegenüber gelten lassen.

18) Dies ist thatsächlich beim Retrakte der Fall, Gerber a. a. O. § 175 Anm. 5; bezüglich des Vorkaufsrechtes s. unten § 10 Z. 1.

19) Anders für das Preuß. Recht Dernburg Preuß. Privatr. Bd. 1 § 381 zu Anm. 7.

berechtigten zu Stande kommende Vertrag aus anderen Gründen anfechtbar ist, bemißt sich nach allgemeinen Grundsätzen, also auch die Frage ob der Vorkaufsberechtigte den mit dem Vorkaufsverpflichteten abgeschlossenen Vertrag wegen Betruges oder Irrthums anfechten kann, weil er über das Vorhandensein eines Mangels hinsichtlich des mit dem Dritten geschlossenen Vertrages arglistig getäuscht worden ist, oder überhaupt sich im Irrthume befunden hat. Mit dem Vorkaufsrechte als solchem hat diese Frage nichts gemein; eine weitere Erörterung derselben gehört daher nicht zu unserer Aufgabe. —

§ 9.

Fortsetzung.

Ist Abschluß des Vertrages mit dem Dritten erforderlich? Einfluß von Nebenbestimmungen und späteren Aenderungen des Vertrages mit dem Dritten.

1. Wir gingen seither davon aus, daß der Vorkaufsanspruch erst zur Geltung gelange, wenn der Vertrag mit dem Dritten zum Abschlusse gelangt sei. Allein diese Auffassung, für die namhafte Schriftsteller und auch Partikularrechte sich ausgesprochen haben[1]), ist keineswegs unbestritten; es bedarf daher einer besonderen Prüfung der Frage, ob der Vorkaufsanspruch nicht bereits vor dem förmlichen Abschlusse des Vertrages mit dem Dritten zur Geltung gelange.

Für die Bejahung der Frage kann man sich nicht, wie Manche gethan[2]), auf L. 21 § 5 Dig. de act. empt. vend. 19.1

[1]) Berger l. c. § 13, Madihn l. c. § VIII pag. 24, v. Bülow und Hagemann Prakt. Erörterungen Bd. 4 Nr. 7 S. 40 fg., Glück Bd. 16 S. 196 (ungenau S. 157: „Recht bei Schließung eines Kaufes den Vorzug vor jedem anderen Käufer zu verlangen"), vgl. auch Bd. 8 S. 452, Emminghaus Sächs. Pandekten S. 554 Nr. 25 (Jena 1829), Koch a. a. O. § 243 Anm. 8, Schilling a. a. O. Anm. t, Dernburg Preuß. Privatr. Bd. 1 § 381 Anm. 14 (betr. gemeines Recht), Seuff. Arch. Bd. 30 Nr. 247 (Celle 10/2. 1875). — Vgl. auch Preuß. L. R. I. 20 § 568, 608, Sächs. G. B. § 1119, 1121, Deutsch. Entw. § 481 Abs. 1 und Motive dazu (Bd. 2 S. 345). —

Ein pactum de vendendo steht dem Verkaufe auch hier nicht gleich (Berger l. c § 13; a. M. Renaud im Magazin für Bad. Rechtspflege und Verwaltung Bd. 5 S 401 fg.), denn wer künftig zu verkaufen sich verpflichtet, verkauft eben noch nicht, es hängt vielmehr von dem Belieben des Gläubigers aus dem pactum de vendendo ab, ob später Vertragsschluß verlangt werden soll. (Vgl. Degenkolb Begriff des Vorvertrages S. 20 ff.)

[2]) Z. B. Koch a. a. O. § 243 Anm 8.

(. . . si alii vendideris . . .), für die Verneinung aber auch nicht auf L. 3 Cod. de jure emphyt. 4. 66 berufen. Denn erstere Stelle bezieht sich auf ein pactum de retrovendendo (s. oben § 4 N. 3), in letzterer Stelle ist vendere (minime licere emphyteutae sine consensu domini suas meliorationes aliis vendere) in dem weiteren Sinne von alienare[3]) gemeint. Dies ergiebt sich mit Gewißheit aus den Eingangsworten der Stelle[4]) und aus der obigen Worten sogleich folgenden Bestimmung: vel jus emphyteuticum transferre. Nicht der Vertragsschluß mit einem Dritten, die obligatorische Bindung[5]), ist dem Emphyteuta untersagt, solange er nicht den Rechten des Eigenthümers genügt hat, sondern die Uebertragung seines Rechtes auf einen Dritten zur Erfüllung des abgeschlossenen Vertrages. Dem entsprechend bezieht sich praedicere auch nicht auf den Vertragsabschluß, sondern auf die Vollziehung des Vertrages durch Uebergabe.

Andererseits bietet die L. 3 cit. aber auch Anhaltspunkte dafür, daß das Vorkaufsrecht erst zur Geltung kommen und demgemäß auch erst verletzt werden kann[6]), wenn der Vertrag mit dem Dritten bereits abgeschlossen war[7]). Die Gesetzesstelle verlangt von dem Emphyteuta, er solle dem Eigenthümer bekannt geben, wieviel er vom Dritten ipsa veritate accipit. Solange mit dem Dritten noch kein Vertrag zu Stande gekommen ist, besteht aber eine Gewißheit darüber nicht; der Dritte würde, wenn es wahr wäre, daß der Emphyteuta schon nach einem unverbindlichen Angebot den Eigenthümer zur Entschließung drängen könnte, ob er von seinem Rechte Gebrauch machen wolle oder nicht, einen beliebig hohen Preis, zumal bei Collusion des Emphyteuta, bieten und dadurch den Eigenthümer, der die Consolidirung seines Eigenthums erstrebt, in ernste Verlegenheit setzen können, entweder nämlich den unverhältnißmäßig hohen Preis selbst zu bieten, oder auf Erfüllung seines Wunsches für längere Zeit zu verzichten. Entschließt der Eigenthümer sich unter diesen

[3]) Vgl Brissonius de Verb. Sign. s v. vendere

[4]) Cum dubitabatur utrum emphyteuta debeat cum domini voluntate suas meliorationes . . . . alienare vel jus emphyteuticum in alium transferre . . . .

[5]) Zur Uebertragung der Emphyteuse ist Besitzübertragung erforderlich, Dernburg Pand. Bd. 1 § 260 Anm. 5. Ist das im Texte Gesagte richtig, so enthält die L. 3 cit. ein Zeugniß für die streitige Frage, daß Besitzübertragung erfordert wird.

[6]) also auch die Strafe der Kaduzität nach sich zog

[7]) Glück Bd. 8 S. 456 und die das. Citirten, Arndts in Weiskes Rechtslex. Bd. 3 S. 864.

Umständen, von seinem Vorkaufsrechte keinen Gebrauch zu machen, so könnte der Dritte sein unverbindliches Angebot wieder zurückziehen und ein geringeres stellen, bezüglich dessen die Verhandlungen von Neuem aufzunehmen wären u. s. f. Das Verfahren würde mithin thatsächlich nur darauf hinauslaufen, den Eigenthümer zu nöthigen, höhere Preise zu bieten, als ein Dritter, wenn er sich binden müßte, bieten würde.

Sieht man aber auch von dem für das Vorkaufsrecht des Eigenthümers des emphyteutischen Grundstückes Angeordneten einmal ganz ab, so lassen sich eine Anzahl *sachlicher* Gründe dafür geltend machen, daß das Vorkaufsrecht erst durch den Abschluß des Vertrages mit dem Dritten zur Wirksamkeit kommt.

Vom Standpunkte des *Vorkaufsberechtigten* aus ist *Gewißheit* zu wünschen, daß die Bedingungen, unter denen ihm ein Vertragsschluß angeboten wird, auch diejenigen sind, die ein Dritter selbst zu übernehmen bereit ist. Diese Gewißheit kann aber nur durch die Thatsache hergestellt werden, daß der Dritte bereits sich vertragsmäßig gebunden hat. Solange dies nicht geschehen, kann der Dritte unverhältnißmäßig lästige Bedingungen anbieten, dadurch bewirken, daß der Vorkaufsberechtigte Stellung zu dem Vertragsangebot nehmen und dabei, wenn er Werth auf Erwerb der Sache u. s. w. legt, mehr bieten muß, als ein Dritter, der sich vertragsmäßig binden müßte, jemals im Ernste geboten hätte. Es könnte also mit dem Berechtigten das vorhin, bei Besprechung der L. 3 Cod. de jure emphyt. 4, 66, bereits erwähnte Spiel getrieben werden. Der Dritte könnte ständig neue Gebote machen, wodurch der Vorkaufsberechtigte ständig mit Vertragsangeboten des Verpflichteten bestürmt und der Ausübung seines Rechtes leicht überdrüssig werden könnte. Zwar soll, nach der Ansicht der Vertreter der anderen Meinung, der Vorkaufsanspruch erst wirksam werden, wenn dem Verpflichteten ein solches Gebot gemacht worden ist, das er anzunehmen *bereit* ist. Allein dafür fehlt jedes äußere Kriterium, man ist mithin nur auf das vom Verpflichteten ausgehende Vertragsangebot angewiesen, obgleich ein solches Vertragsangebot doch auch erfolgen kann, während der Verpflichtete fest überzeugt ist, daß der Dritte, unter den bis jetzt in unverbindlicher Weise angebotenen Bedingungen, niemals einen Vertrag abschließen würde.

Giebt man zu, daß der Vorkaufsberechtigte von dem Zeitpunkte an, zu dem sein Vorkaufsanspruch in Wirksamkeit getreten ist, sich nicht mehr nur passiv zu verhalten braucht, daß er vielmehr nun selbst die Initiative zum Vertragsschlusse mit dem

Verpflichteten ergreifen, daß er Offerent werden kann[8]), so ist auch vom Standpunkte des Vorkaufsverpflichteten aus die Festsetzung eines äußerlich hervortretenden und jeden Zweifel ausschließenden Zeitpunktes für die Geltendmachung des Vorkaufsanspruches zu wünschen. Das unverbindliche, bis zur Annahme widerrufliche Angebot des Dritten, mehr noch das Angebot, an das der Dritte eine gewisse Zeit gebunden ist, könnten äußersten Falles schon als in die Außenwelt hervortretende und eine Grundlage für den Vorkaufsanspruch bietende Momente angesehen werden; wie aber das „Bereit- oder Geneigtsein" des Verpflichteten, das Angebot anzunehmen? Soll damit der innere, sich der sicheren Feststellung entziehende Vorgang gemeint sein? Wenn aber die Vertreter der gegentheiligen Ansicht diese letztere Frage gewiß verneinen, so fragt es sich, wem gegenüber soll die Geneigtheit geäußert werden? Antwortet man: dem Vorkaufsberechtigten gegenüber, so macht man den Verpflichteten nicht nur zum Offerenten, wogegen nichts einzuwenden wäre, sondern auch zum alleinigen Offerenten, d. h. man versagt dem Vorkaufsberechtigten die Möglichkeit und damit die Befugniß, die Initiative zu ergreifen. Daß das dem Interesse des Vorkaufsberechtigten widerstreitet, liegt auf der Hand. Antwortet man aber: dem Dritten gegenüber müsse die Geneigtheit, sein Gebot anzunehmen, erklärt sein, so würde es ungereimt sein, den Verpflichteten dem Vorkaufsberechtigten gegenüber nun für gebunden zu halten, während er sich dem Dritten gegenüber, an den die Erklärung gerichtet war, durch die bloße Erklärung der Geneigtheit, den Vertrag zu schließen, an sich noch nicht gebunden hatte.

Alle diese Schwierigkeiten, Unsicherheiten und sich daraus ergebenden Streitigkeiten werden vermieden, wenn man den Vorkaufsanspruch erst durch den Abschluß des Vertrages mit dem Dritten wirksam werden läßt. Vor der Gefahr, beide Verträge, den mit dem Dritten abgeschlossenen und den auf Verlangen des Vorkaufsberechtigten abzuschließenden, erfüllen, oder Schadensersatz leisten zu müssen, kann sich der Verpflichtete ja leicht schützen, indem er den Vertrag mit dem Dritten nur unter einer Bedingung schließt, sei es einer suspensiven für den Fall der Nichtgeltendmachung, sei es einer resolutiven für den Fall der Geltendmachung des Vorkaufsrechtes. Freilich wird der Verpflichtete dadurch mehr belastet, als nach der gegentheiligen Ansicht; auch wird sich ein Dritter weniger geneigt

[8]) Degenkolb Begriff des Vorvertrages S. 9 ff., Göppert in der Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 14 S. 405, Bechmann Kauf Th. 2 Abth. 1 S. 270, 271 (betr. Vorverträge); Windscheid Pand. Bd. 2 § 305 (betr. Verträge überhaupt).

finden lassen, nur unter einer Bedingung einen Vertrag zu schließen, sich selbst also zu binden, die Gebundenheit des Verkäufers (Vorkaufsverpflichteten) aber von der Geltendmachung des Vorkaufsrechtes abhängig zu machen. Dafür wird aber dem Rechte des Vorkaufsberechtigten auf diese Weise mehr Rechnung getragen; der Vorkaufsberechtigte kann nun zusehen, bis ein förmlicher Vertrag geschlossen ist und sich dann entschließen, sei es als Offerent, sei es als Oblat. Bei dem widerstreitenden Interesse des Verpflichteten und des Berechtigten kann aber die größere Belastung des Ersteren, als des Schuldners, nicht wohl beanstandet werden. —

Nun ist zuzugeben, daß der Verkehr meist das durch den Begriff des Vorkaufsrechtes gegebene und auch sachlich gerechtfertigte Erforderniß des Vertragsschlusses nicht als Voraussetzung der Wirksamkeit des Vorkaufsanspruches ansieht. In der überwiegenden Anzahl von Fällen wird der Vorkaufsberechtigte das Vertragsanerbieten des Verpflichteten als berechtigt gelten lassen, auch wenn der Letztere nur zum Abschlusse des Vertrages mit dem Dritten geneigt zu sein behauptet, ohne daß es bis dahin zum Abschlusse gekommen ist[9]). Und andererseits wird sich, wenngleich seltener, der Verpflichtete das auf Vertragsschluß gerichtete Begehren des Vorkaufsberechtigten manchmal gefallen lassen, auch wenn der Zeitpunkt noch nicht herangekommen ist, in dem rechtlich ein solches Begehren gestellt werden könnte. Allein diese Thatsachen können an der juristischen Auffassung des Rechtsverhältnisses nichts ändern; die Betheiligten lassen eben hier, wie auch sonst häufig, Anforderungen zu, die sie eigentlich zurückweisen dürfen[10]). Das ist aber um so weniger maßgebend, als gerade bezüglich des Inhaltes des Vorkaufsrechtes vielfach unklare Vorstellungen herrschen, lassen doch Laien häufig sogar das Erforderniß selbst nur eines Vertragsangebotes seitens eines Dritten als vermeintlich unwesentlich bei Seite[11]), sodaß der Verpflichtete gewisser-

[9]) Insbesondere auch bei dem mit dem Retrakte verbundenen Vorkaufsrechte scheint diese Auffassung vorherrschend gewesen zu sein.

[10]) Bedenklich ist die Entsch. Reichsg. 3./10. 1885 bei Volze Praxis des Reichsg. Bd. 2 Nr. 1004 (Prov. Sachsen).

[11]) Bad. Annalen Bd. 39 S. 50. — Im Verkehr wird eben nicht selten Mißbrauch mit dem Worte „Vorkaufsrecht" getrieben; beispielsweise räumen Theaterdirektionen bei aufgehobenem Abonnement ihren gegenwärtigen, oder bei Wiederbeginn eines Abonnements ihren seitherigen Abonnenten ein „Vorkaufsrecht" ein. Juristisch ist dies günstigsten Falles (wenn nämlich nicht eine nur unverbindliche Erklärung vorliegt) die Zusage, die Kaufofferten der gegenwärtigen oder seitherigen Abonnenten vorzugsweise annehmen zu wollen, also die Einräumung eines Vorzuges in contrahendo (s. oben § 1, § 3 Z. 6), ganz unabhängig von

maßen zum Berechtigten, der Berechtigte aber zum Opfer der Ausbeutung gemacht wird.

Die gegentheilige Meinung (es muß dahin gestellt bleiben, ob bei einigen Schriftstellern nicht etwa nur eine Ungenauigkeit des Ausdrucks vorliegt)[12]) beruht manchmal auch auf einer Verkennung des Vorkaufsanspruches: während die Geltendmachung des Retraktes gerade voraussetzt[13]), daß die Sache in Vollziehung des Veräußerungsvertrages dem Dritten übergeben worden ist, hielt man den Vorkaufsanspruch nicht nur in solchem Falle, sondern sogar schon nach dem Abschlusse des Vertrages mit dem Dritten für ausgeschlossen und nur noch einen Schadenersatzanspruch für zulässig[14]). Wie unten (§ 14 Z. 1) nachzuweisen sein wird, berührt aber die Uebergabe der Sache an den Dritten den Vorkaufsanspruch zunächst gar nicht, um so weniger also der bloße Abschluß des Veräußerungsvertrages.

den Angeboten Dritter, geschweige von den mit Dritten geschlossenen Verträgen (Vorverkauf im Gegensatz zum eigentlichen Vorkaufsrechte).

[12]) Vgl. Voet Comment. ad Pand. Lib. 18 tit. 3 § 10, Walch a. a. O. S. 93 („daß das Vorkaufsrecht eine zu verkaufende Sache, das Näherrecht aber eine bereits veräußerte Sache zu seinem Gegenstande hat"), Sintenis a. a. O. § 116 S. 643 Text bei Anm. 239 („im Falle ihm — dem Verpflichteten — von Seiten eines Dritten solche Anerbietungen gemacht werden, auf welche er einzugehen entschlossen ist"), Curtius Sächs. Civilr. Bd. 4 § 1414 („einer gewissen Person zuerst anbieten und ihr vor anderen Käufern den Vorzug geben"), Treitschke-Wengler a. a. O. S. 211, Keller a. a. O., Puchta Vorles. § 360 a. E., Bad. Annalen Bd. 30 S. 55, Bd. 39 S. 49, Bertram Nassauisches Privatr. 2. Aufl. § 964, Kayser a. a. O. S. 1172, Stobbe Privatr. Bd. 2 § 89 Z. 1 (S. 140: „Das Vorkaufsrecht bezieht sich auf einen zu schließenden Verkauf, der Retrakt findet statt, wenn der Verkauf bereits geschlossen ist"), Bechmann Kauf Th. 2 Abth. 1 S. 386 („die Verpflichtung, gegebenen Falls diesem die Sache zuerst zum Verkaufe anzubieten"); Seuff. Arch. Bd. 30 Nr. 29 (Celle 29./5. 1874: „Die Verpflichtung Desjenigen, welcher ein Vorkaufsrecht zugesichert hat, geht zunächst nur dahin, daß er, falls er eine Gelegenheit zu verkaufen findet, von welcher er Gebrauch zu machen entschlossen ist, hiervon den Vorkaufsberechtigten benachrichtige"). Entsch. Reichsg. 15./10. 1886, Bd. 16 S. 158 („die einzige Verpflichtung, welche er — der Vorkaufsverpflichtete — übernimmt, besteht darin, daß, wenn er demnächst einem Dritten verkaufen will, er vor Abschluß dieses Kaufes die Sache zu denselben Bedingungen, zu welchen er bereit ist, sie dem Dritten zu verkaufen, seinem Mitkontrahenten zum Kaufe anbieten muß"). Entsch. Reichsg. 8./10. 1889 in der Zeitschr. für französ. Civilr. Bd. 21 S. 31 (da „die Verbindlichkeit des Beklagten lediglich darauf beschränkt war, dem Kläger vor allen anderen Kauflustigen zu verkaufen, wenn unter dem Beklagten genehmen Bedingungen von einem Dritten ein Angebot gemacht worden ist", u. A.

[13]) Citate s. oben § 6 a. E.

[14]) Walch a. a. O. S. 94 Anm. 4 und viele andere, insbesondere ältere Schriftsteller. Gegen diese Meinung wandten sich die Entsch. in Seuff. Arch. Bd. 30 Nr. 29 (Celle 29./5. 1874) und Bd. 30 Nr. 247 (Celle 10./2. 1875.) Richtig Madihn l. c. § VIII pag. 24.

Daraus folgt, daß der Abschluß des Vertrages mit dem Dritten, da er die Voraussetzung für die Geltendmachung des Vorkaufsrechtes bildet, nicht zugleich eine „Verletzung" des Vorkaufsrechtes enthalten kann[15]). Das Vorkaufsrecht wird vielmehr durch die dem Vertragsschlusse folgende Unterlassung des Vertragsanbietens oder durch die Weigerung, auf Verlangen des Berechtigten zum Vertragsschlusse mitzuwirken, verletzt. —

Noch unberechtigter als die Auffassung, daß das Vorkaufsrecht bereits im Stadium der mit einem Dritten eingeleiteten Vorverhandlungen wirksam werde, ist die Meinung, daß seine Wirksamkeit erst mit der Vollziehung des mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrages eintrete, weil der Vertragsschluß die Sache nicht unmittelbar berühre, sondern nur ein Schuldverhältniß zwischen den vertragsschließenden Theilen erzeuge[16]). Dieser Meinung liegt offenbar die unrichtige Vorstellung zu Grunde, als ob das Vorkaufsrecht dinglicher Natur, oder von der Art des Retraktes sei; auch kann sich diese Meinung nicht einmal auf die Verkehrsauffassung berufen, der sie vielmehr völlig entgegensteht. —

Im Vorstehenden sind aus dem Begriffe des Vorkaufsrechtes Grundsätze entwickelt, wie sie u. E. dann zur Anwendung kommen müssen, wenn nichts anderes bei Begründung des Vorkaufsrechtes bestimmt worden ist. Es kann aber auch der Fall sich ereignen, daß der Vorkaufsberechtigte in Folge einer ausdrücklichen, bei Begründung seines Rechtes, oder auch in zulässiger Weise später, getroffenen Bestimmung, vom Verpflichteten nicht verlangen kann, daß dieser zunächst einen Vertrag mit dem Dritten schließe, und daß folglich der Verpflichtete bereits auf ein ihm gewordenes Gebot hin, dem Berechtigten Vertragsschluß anbieten und eine Erklärung darüber erwarten darf[17]). In

[15]) So Seuff. Arch. Bd. 30 Nr. 29 (Celle 29./5. 1874: „als obligationswidrig erscheint bei bestehendem Vorkaufsrechte nicht schon von vornherein jeder Verkauf an einen Dritten, sondern nur derjenige Verkauf an einen Dritten, welcher ungeachtet des auf desfallsige Anfrage beanspruchten Vorkaufsrechtes geschehen ist" u. s. w.), ähnlich Seuff. Arch. Bd. 41 Nr. 181 (Braunschweig 3./4. 1886) und Entsch. Reichsg. 5./10 1886 Bd. 16 S. 158 („Wenn der Promittent durch einen von ihm vertragswidrig vorgenommenen Verkauf an einen Dritten das Vorkaufsrecht seines Mitkontrahenten verletzt" u. s. w.)

[16]) So Unterholzner a. a. O. — Gegen diese ganz vereinzelte Meinung wandte sich Schilling a. a. O. Anm. t, aber mit unrichtiger Berufung auf L. 75 Dig. 18.1, welche Stelle überhaupt nicht vom Vorkaufsrechte handelt (s. oben § 4 Z. 3).

[17]) Hierher scheint der in der Zeitschr. für Schweiz. Recht Bd. 32 S. 115 angedeutete Fall zu gehören: „Am 18. Januar 1890 stellte der Vermiether dem Miether die schriftliche Erklärung aus, daß ihm bei einem etwaigen Verkaufe der Liegenschaft das Vorrecht zustehen solle, zu den gleichen Kaufbedingungen jedes

solchem Falle hat der Berechtigte Vorzug in contrahendo, nicht in solutione[18]); auch finden die sonstigen Grundsätze des Vorkaufsrechtes nur insoweit Anwendung, als sie nicht einen bereits erfolgten Vertragsschluß mit einem Dritten voraussetzen. Ein eigentliches Vorkaufsrecht liegt dann nicht vor[19]).

2. Wenn dem mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrage Bedingungen, Befristungen, Auflagen u. s. w. oder Nebenverabredungen[20]), wie in diem addictio, lex commissoria[21]), pactum displicentiae, pactum de retrovendendo[22]), pactum protimiseos, pactum reservati dominii u. dgl. m. beigefügt worden sind, so gelten diese auch für den Vorkaufsanspruch, denn dieser erhält seinen Inhalt durch den mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrag[23]).

Hiernach kann der Berechtigte seinen Vorkaufsanspruch auch geltend machen und Vertragsschluß von dem Verpflichteten verlangen, wenn dieser mit dem Dritten den Vertrag unter einer noch nicht eingetretenen aufschiebenden Bedingung abgeschlossen hat, aber freilich nur unter Beibehaltung der Bedingung[24]), und wenn sich zu der Zeit, zu der der Vertragsschluß

Anderen dieselben zu kaufen; die Zu- oder Absage habe innerhalb 36 Stunden nach günstigem Angebote zu erfolgen, andernfalls der Vermiether annehmen könne, der Miether verzichte auf den Kauf."

[18]) s. oben § 1, § 3 Z. 6.

[19]) Wer das Recht des Käufers, bei der addictio in diem zum Kaufe zugelassen zu werden si melior condicio allata sit, als Vorkaufsrecht bezeichnet (s. oben § 3 Z. 3), muß ein uneigentliches Vorkaufsrecht annehmen, denn nicht Abschluß eines Kaufvertrages mit dem Dritten wird in den Quellen vorausgesetzt, sondern das Vorhandensein eines besseren Kaufangebotes (von dem der Verkäufer Gebrauch machen will, L. 9 Dig. de in diem add. 18.2): die in diem addictio nähert sich der Licitation (Bechmann Kauf Th. 2 Abth. 1 S. 502 fg.)

[20]) Vgl. überhaupt (für den Retrakt) Walch a. a. O. S. 152. Da beim Retrakte Eigenthumserwerb des Dritten erforderlich ist, wenn der Retrakt gegen ihn geltend gemacht werden soll, so kann während des Schwebens einer aufschiebenden Bedingung der Retrakt noch nicht ausgeübt werden, Stobbe a. a. O. § 89 Anm. 22.

[21]) Vgl. Entsch. Reichsg. 26. 6. 1889 bei Bolze Praxis des Reichsg. Bd. 8 Nr. 101.

[22]) Berger Oeconomia juris Lib. 3 tit. 5 § 11 not. 2; für den Retrakt: Stryk De successione ab intest. Diss. 6 c. 3 § 18, Voet Comment. ad Pand. Lib. 18 tit. 3 § 24. Stobbe a. a. O. § 89 zu Anm. 23; für beide Rechte: Curtius Sächs. Civilr. Bd. 4 § 1423a.

[23]) s. oben § 5, unten § 10 Z. 2.

[24]) Schilling a. a. O. § 334 Text zu Anm. t, Motive zu § 481 fg. Deutschen Entw. Bd. 2 S. 346. Um sich selbst vor Nachtheilen, insbesondere davor zu bewahren, daß er den mit dem Dritten und den auf Verlangen des Berechtigten mit diesem abgeschlossenen Vertrag erfüllen müsse, wird der Verpflichtete mit dem Dritten Vertrag nur unter einer aufschiebenden (oder auflösenden)

gefordert wird, der Ausfall der Bedingung und damit die Unwirksamkeit des mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrages nicht bereits herausgestellt hat[25]). Auch eine auf dem nackten Willen eines der Contrahenten im ersten Vertrage, oder eines Dritten, gestellte Bedingung ist für den Vorkaufsberechtigten maßgebend; er kann Vertragsschluß nur unter Beibehaltung dieser Bedingung verlangen, welche geeignet ist, die Durchführung seines Vorkaufsanspruches von vornherein in Frage zu stellen.

Nur auf eine solche Bedingung darf sich der Verpflichtete dem Berechtigten gegenüber[26]) nicht berufen, die bezweckt, den Vorkaufsanspruch zu vereiteln. Insbesondere ist dem Verpflichteten die Berufung auf eine, auf die Geltendmachung des Vorkaufsanspruches gestellte Resolutivbedingung[27]), sowie auf eine, auf die Nichtgeltendmachung des Vorkaufsrechtes gestellte Suspensivbedingung[28]), dem Berechtigten gegenüber untersagt, denn es würde leeres Spiel mit dem Berechtigten getrieben werden, wollte man ihn zur Geltendmachung seines Vorkaufsrechtes auffordern und bei Geltendmachung unter Hinweis auf die mit dem Dritten vereinbarte Resolutiv- oder Suspensiv-Bedingung zurückweisen. Dem Berechtigten steht in solchen Fällen exceptio bezw. replica doli zu[29]).

3. Mit dem Abschlusse des Vertrages mit dem Dritten gelangt der Vorkaufsanspruch zur Wirksamkeit. Der Vertrag mit dem Dritten diente dazu, die Voraussetzung für die Geltendmachung des Vorkaufsrechtes zu erfüllen und den bisher nur der Gattung nach bestimmten Vorkaufsanspruch individuell zu bestimmen. Der

Bedingung abschließen müssen, daß das Vorkaufsrecht nicht geltend gemacht (oder bei der auflösenden Bedingung, daß es geltend gemacht) werde.

25) War die Gültigkeit eines Verkaufes einer mehreren Personen gehörigen Sache von dem Beitritt der übrigen Miteigenthümer abhängig gemacht, so kann der Vorkaufsanspruch nicht geltend gemacht werden, wenn diese ihren Beitritt zu dem von den Verkäufern abgeschlossenen Vertrage bereits verweigert haben: Entsch. Reichsg. 5./5. 1880 in Gruchots Beiträgen zur Erläut. des Deutschen R. Bd. 25 S. 451.

26) Dem Dritten gegenüber besteht sie, sofern nicht Gründe allgemeiner Natur entgegenstehen, zu vollem Rechte.

27) Z. B. der Verkauf soll ungültig sein, wenn das Vorkaufsrecht geltend gemacht wird.

28) Z. B. der Verkauf soll nur dann in Kraft treten, wenn das Vorkaufsrecht nicht geltend gemacht wird.

29) So für den Retrakt: Voet Comment. ad Pand. Lib. 18 tit. 3 § 24, Walch a. a. O. S. 174 (§ 27), abw. Seuff. Arch. Bd. 11 Nr. 79 (Celle 15./4. 1856); für das Vorkaufsrecht: Archiv für pratt. Rechtswiss. Bd. 5 S. 428 ff. (O. A. G. Darmstadt 22./4. 1856), Entsch. Reichsg. 1./10. 1889 bei Bolze Praxis des Reichsg. Bd. 8 Nr. 104, Deutsch. Entw. § 481 Abs. 2.

Vorkaufsanspruch hat damit seine Selbstständigkeit gewonnen; weder seiner Wirksamkeit, noch seinem Inhalte nach ist er von nun an mehr abhängig von dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Verpflichteten und dem dritten Contrahenten (Käufer u. s. w.).

Daraus folgt, daß Vereinbarungen zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Dritten, die dem Vertragsschlusse nachfolgen, den Vorkaufsanspruch ebensowenig berühren, wie sonstige auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten ihren Einfluß übende Umstände[30]). Die Lage des Vorkaufsberechtigten kann durch derartige Thatsachen weder verbessert, noch verschlechtert werden. Insbesondere kann die Aufhebung des zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten abgeschlossenen Vertrages den Vorkaufsanspruch nicht wieder beseitigen[31]).

Auch hier weichen Vorkaufsrecht und Retrakt wesentlich von einander ab: der Vorkaufsanspruch wird mit dem Vertragsschlusse wirksam, die Geltendmachung des Retraktes setzt Eigenthumserwerb seitens des Dritten voraus. Insolange dieser daher, durch Besitzübertragung, noch nicht erfolgt war, können die Contrahenten unbedenklich vom geschlossenen Vertrage zurücktreten[32]). Aeltere Schriftsteller nahmen aber auch nicht selten an, daß die Contrahenten auch nach der Besitzübertragung noch befugt seien, den Retrakt durch Aufhebung des Vertrages auszuschließen, so lange nur der Retraktberechtigte noch nicht erklärt habe, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen[33]). Darauf beruhen

[30]) Ueber den Einfluß von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit s. oben § 8.

[31]) Berger l. c. § 13, v. Bülow und Hagemann Prakt. Erörterungen Bd. 4 Nr. 7 S. 40, Glück Bd. 16 S. 196, Brueckner l. c. pag. 20 No. 6, Koch a. a. O. § 243 Anm. 8, Dernburg Preuß. Privatr. Bd. 1 § 381 Anm. 14 (für gemeines Recht), Deutsch. Entw. § 481. — Auf demselben Standpunkt standen für den Retrakt: Hommel Rhaps. quaest. Tom. 1 observ. 102 n. 1 pag. 162, die bei Glück Bd. 16 S. 198 Anm. 63 Genannten und Glück selbst. Für den Retrakt war diese Meinung unbegründet.

[32]) Vgl. Walch a. a. O. S. 281 fg. und die daselbst Anm. 4 bis 9, sowie die bei Glück Bd. 16 S. 197 Anm. 60 Genannten, denen beizufügen sind Walch Controv. jur. civ. pag. 629, Renaud in der Zeitschr. für Deutsches R. Bd. 8 S. 268, Gerber a. a. O. § 176 Anm. 8, Seuff. Arch. Bd. 10 Nr 193 (Jena 4./10. 1850).

[33]) Pufendorf Observat. jur. univ. Tom. 3 obs. 40 § 5, Eichhorn Einleitung in das Deutsche Privatr. § 101 Anm. a, Walter Privatr. § 302, Seuff. Arch. Bd. 13 Nr. 111 (Jena 7. 7. 1846). — Andere ließen die Anstellung der Retraktsklage entscheiden (so auch Stobbe a. a. O. § 89 zu Anm. 50), oder die Benachrichtigung an den Retraktberechtigten von der erfolgten Veräußerung, während wieder Andere den Rücktritt vom Vertrage auch nach erfolgter Besitzübertragung gestatteten, wenn er nur nicht zu dem Zwecke erfolgte, den Berechtigten vom Retrakte auszuschließen (so Beseler a. a. O. § 94 zu Anm. 13).

die Bestimmungen des Preußischen Landrechts[34]) und des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches[35]), welche mit dem Wesen des Vorkaufsrechtes ganz unvereinbar sind[36]).

§ 10.

Pflichten des Vorkaufsverpflichteten.

1. Der Vorkaufsverpflichtete hat auf Verlangen des Vorkaufsberechtigten, nachdem der Vorkaufsanspruch zur Wirksamkeit gelangt ist, mit diesem einen *Vertrag des mit dem Dritten vereinbarten Inhaltes zu schließen*. Dem hierüber bereits (oben § 5) Bemerkten ist noch anzufügen:

Gemeinrechtlich bedarf es eines *Vertragsschlusses* zwischen dem Verpflichteten und dem Berechtigten[1]); die *einseitige* Erklärung des Berechtigten, von seinem Vorkaufsrechte Gebrauch zu machen, genügt *nicht*, denn das Vorkaufsrecht beruht nicht auf einem bedingten Verkaufe, abhängig vom Willen des Berechtigten (si voluerit)[2]).

[34]) Preuß. L. R. I. 20 § 604, 618—620. Verechtigter einseitiger Rücktritt steht der vereinbarten Aufhebung des Vertrages gleich, vgl. Entsch. Reichsg. 26./6. 1889 in der Jurist. Wochenschr. 1889 S. 316 Z. 53. — Nur eine solche Benachrichtigung an den Berechtigten kommt dabei in Betracht, die formgerecht erfolgt ist, Entsch. O. Trib. Berlin 29./9. 1876 Bd. 78 S. 219.

[35]) Sächs. G. B. § 1119.

[36]) Koch a. a. O. § 243 zu Anm. 7, Motive zu § 481 fg. Deutschen Entw. Bd. 2 S. 346.

[1]) Koch a. a. O. § 243 Z. I u. IV, Seuff. Arch. Bd. 31 Nr. 291 (Celle 28./3. 1876), Entsch. Reichsg. 5./10. 1886 (Bd. 16 S. 155 ff., insbes. S. 158). — Abw. die Erkenntnisse des O. A. G. Wolfenbüttel 6./5. 1834 (in Matthiaes Controversen Lex. des röm. Civilr. 1856 s. v. Vorkaufsrecht I, Bd. 1 S. 409, wobei jedoch zweifelhaft ist, ob es sich um ein Vorkaufsrecht oder um einen Retratt handelt) und des O. A. G. Dresden 17./9. 1863 (Seuff. Arch. Bd. 17 Nr. 244): „Das Vorkaufsrecht giebt dem Berechtigten das Recht, im Falle des Eintritts seiner Bedingung durch bloßes Wollen als Käufer des betreffenden Objektes zu gelten." Dagegen mit Recht Göppert in der Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 14 S. 406, auch Seuff. Arch. Bd. 30 Nr. 247 (Celle 10./2. 1875).

[2]) So ältere Schriftsteller, auch die in der vorigen Anmerkung citirten Erkenntnisse des O. A. G. Wolfenbüttel und des O. A. G. Dresden. Die Meinung, daß ein bedingter Kaufvertrag vorliege, ist für gesetzliche und testamentarische Vorkaufsrechte ganz unhaltbar. Bei vertragsmäßigem Vorkaufsrechte wäre die Annahme eines bedingten Vertrages an sich nicht ausgeschlossen. Dagegen spricht aber, abgesehen von der Analogie der gesetzlichen und testamentarischen Vorkaufsrechte, die Intention der Vertragschließenden und die juristische Struktur des Anspruches. Wäre schon bei Begründung des Vorkaufsrechtes ein Kaufvertrag, wenn auch bedingt, abgeschlossen, so müßte sein Inhalt sogleich bestimmt sein oder sogleich bestimmbar gemacht sein. Beides ist aber nicht der Fall: nur die Gattung

Der Vorkaufsanspruch, gleichgültig auf welchem Entstehungsgrunde das Vorkaufsrecht beruht, ist jus vel obligatio ad contrahendum[3]). Er findet seine Erfüllung in dem Vertragsschlusse, bei dem der eine Theil Offerent, der andere Oblat ist. Erklärt der Vorkaufsberechtigte von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen, so bedarf es auch jetzt noch der Mitwirkung des Verpflichteten, es sei denn, daß diese bereits vorausgegangen, der Vorkaufsverpflichtete also bereits als Offerent aufgetreten ist. Weigert der Vorkaufsverpflichtete die Mitwirkung zum Vertragsschlusse, so steht dem sein Vorkaufsrecht geltend machenden Berechtigten zwar Klagerecht zu, allein der Vertrag ist nicht zu Stande gekommen und die aus ihm entspringenden Rechtswirkungen sind noch nicht eingetreten.

Ebenso wie nach gemeinem Rechte ist nach Preußischem Landrechte beim persönlichen Vorkaufsrechte[4]) und nach Sächsischem Bürgerlichen Gesetzbuche[5]) die einfache Erklärung des Berechtigten, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen, nicht hinreichend; auch nach diesen Rechten ist vielmehr Vertragsschluß erforderlich, um den Vorkaufsanspruch zu realisiren. Anders nach dem Deutschen Entwurfe: auch er fordert zwar Vertragsschluß, allein er nimmt den Vertragsschluß als erfolgt an durch die von dem Berechtigten dem Verpflichteten gegenüber abgegebene einseitige Erklärung, daß das Vorkaufsrecht ausgeübt werde[6]). Die Motive gehen dabei von der Ansicht aus, daß durch diese Bestimmung „nutzlose Weiterungen" vermieden würden[7]); die juristische Construktion

des ins Auge gefaßten Geschäftes wird sogleich bestimmt, der sonstige Inhalt dagegen wird erst später, durch den Inhalt eines anderen Vertrages, bestimmbar gemacht. Vorläufig liegt also noch kein Kaufvertrag vor, mithin auch kein bedingter, sondern ein Anspruch auf Abschluß eines Kaufvertrages. — Die Meinung, daß wenigstens ein bedingtes pactum de vendendo vorliege, ist bereits oben § 1 zurückgewiesen worden.

3) s. oben § 5. Dies erkennen alle Diejenigen an, die in dem ein Vorkaufsrecht begründenden Vertrage einen Vorvertrag (pactum de contrahendo) erblicken. S. oben zu § 4 Z. 3.

4) Vgl. Entsch. O. Trib. Berlin 23./4. 1877 Entsch. Bd. 80 S. 85 fg. — Anders beim Retratte und dem diesem nachgebildeten dinglichen Vorkaufsrechte des Preuß. L. R. (I. 20 § 631, vgl. auch Dernburg Preuß. Privatr. Bd. 1 § 381 zu Anm. 19), aber auch beim Vorkaufsrechte des Oesterr. G. B., welches in dem Vorkaufsrecht ein Einlösungsrecht erblickt (ebenso manche andere Gesetze z. B. Graubündtner G. B. § 408).

5) Sächs. G B. § 1121. Die Sächsische Praxis nimmt jedoch, gegen den Wortlaut dieses §, einen doppelt bedingten Verkauf an, vgl. Siebenhaar Comment. zum Sächs. G. B. § 1121.

6) Deutsch. Entw. § 482.

7) Motive zu § 482 Deutsch. Entw. Bd. 2 S. 346 fg., vgl. mit S. 340 fg. Gebilligt von Bernhöft in den Beiträgen zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfs Heft 11 (1889) S. 57 fg.

überlassen sie der Wissenschaft. Der Meinung, daß nach dem Rechte des Entwurfes ein zweiter Vertrag nicht zu Stande komme, da es an einer zweiten Willenseinigung fehle, daß vielmehr alle Ansprüche aus dem das Vorkaufsrecht begründenden Rechtsverhältnisse herrühren[8]), steht der Umstand entgegen, daß der Entwurf durch die Ausübungserklärung den Kaufvertrag „zum Abschlusse" gelangen läßt. Vielmehr erkennt u. E. auch der Entwurf eine obligatio ad contrahendum an[9]), aber mit der positiven Bestimmung, daß in dem das Vorkaufsrecht begründenden Rechtsgeschäfte[10]) zugleich ein Vertragsantrag liegt, der vom Abschlusse des Kaufvertrages mit einem Dritten an wirksam ist und für den als Annahmefrist[11]) bestimmt ist: im Falle der „Anzeige" die vereinbarte oder gesetzliche Ausübungsfrist[12]), sonst aber die gewöhnliche Verjährungsfrist[13]).

[8]) Bernhöft a. a. O.

[9]) Von einer Regelung der Vorverträge hat der Entwurf „mangels zureichenden Bedürfnisses" abgesehen, obgleich er die Zulässigkeit dieser Verträge anerkennt, vgl. Motive Bd. 1 S. 178 zu § 90 a. E.

[10]) Gesetzliche Vorkaufsrechte kennt der Entwurf nicht.

[11]) Deutsch. Entw. § 82.

[12]) § 487 Z. 2 daselbst.

[13]) Die Motive zu § 481 fg. Entw. sagen: „Wie das Zustandekommen des Vertrages zwischen dem Vorkaufsberechtigten, welcher sein Recht ausübt, und dem Verpflichteten juristisch aufzufassen ist, insbesondere ob ein Fall des § 79 anzunehmen, oder für die Acceptation einer Offerte zu entscheiden oder ein pactum de contrahendo mit der positiven Bestimmung zu unterstellen ist, daß der Vorvertrag durch die fragliche Erklärung des Berechtigten sich unmittelbar in den Hauptvertrag verwandele, oder ob endlich (z. B. in den Fällen des auf letztwilliger Verfügung beruhenden Vorkaufsrechtes) der Vorschrift überhaupt ein positiver Charakter beizumessen ist, hat das Gesetz nicht zu entscheiden." — Ein Fall des § 79 liegt nicht vor, weil der Kauf erst durch die Ausübungserklärungen zum Abschlusse gelangt; gegen die Annahme, daß das begründende Rechtsgeschäft nur eine Offerte sei, spricht § 481, der auf eine obligatio ad contrahendum (beim vertragsmäßigen Vorkaufsrecht auf ein pactum de contrahendo) hinweist. § 482 trifft nur den Fall, daß durch die Thätigkeit des Berechtigten der Vertrag zum Abschlusse gelangt. Dies ist der regelmäßige Fall; es kann aber auch sein, daß der Berechtigte nicht positiv eine Ausübungserklärung abgiebt, sondern zunächst als Offerent auftreten will und auftritt. Dann kommt der Vertrag durch die Annahmeerklärung des Verpflichteten zum Abschlusse und es gelten die allgemeinen Grundsätze über obligationes (bezw. pacta) de contrahendo. Spricht aber der Berechtigte das letzte Wort, d. h. erklärt er sein Vorkaufsrecht ausüben zu wollen, so kann dies geschehen als Acceptation einer Offerte seitens des Verpflichteten oder ohne daß eine solche Offerte vorausgegangen ist. Für den letzteren Fall nun trifft der Gesetzgeber eine positive Bestimmung: es bedarf einer ausdrücklichen Offerte seitens des Verpflichteten nicht, da bereits in dem das Vorkaufsrecht begründenden Rechtsgeschäfte eine Offerte liegt, die der Berechtigte durch seine Ausübungserklärung zu acceptiren, durch seine Erklärung aber, das Vorkaufsrecht nicht ausüben zu wollen, abzulehnen vermag. Der Gesetzgeber *fingirt* also eine Offerte. Daß der Verpflichtete die vom Gesetzgeber fingirte Offerte nicht zurückziehen kann,

2. Der Vorkaufsverpflichtete hat — auf Verlangen des Berechtigten — den Vertrag, dem Inhalte des Vorkaufsanspruches entsprechend, unter den mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen zu schließen. So wenig das Vorkaufsrecht ausgeschlossen ist, weil der Vertrag mit dem Dritten aus persönlichen Rücksichten auf diesen abgeschlossen wurde[14]), so wenig kann der Verpflichtete an den Vertragsbestimmungen aus dem Grunde etwas ändern, weil sie aus persönlichen Rücksichten auf den Dritten so getroffen gewesen seien. Der Verpflichtete kann daher, wenn er dem Dritten Zahlungsfristen ertheilt hatte, oder wenn er von dem Dritten eine Sicherheit für die Erfüllung der Gegenleistung nicht gefordert hatte, u. dgl. m., nun nicht Baarzahlung oder Sicherheitsleistung verlangen; alle Modalitäten des mit dem Dritten geschlossenen Vertrages gelten auch für den mit dem Berechtigten zu schließenden Vertrag[15]). Der Verpflichtete muß sich bewußt sein, daß der Vorkaufsanspruch seinen Inhalt durch den Inhalt des mit dem Dritten geschlossenen Vertrages erhält; es ist daher Sache des Verpflichteten, beim Vertragsschlusse mit dem Dritten sich vorzusehen und alle die Bestimmungen zu treffen, die er im Falle des Vertragsschlusses mit dem Vorkaufsberechtigten getroffen wissen möchte[16]). Der Verpflichtete kann sich auch nicht auf veränderte Umstände berufen und die clausula rebus sic stantibus deshalb geltend machen, weil zwischen der Zeit der Begründung des Vorkaufsrechtes und dem Vertragsschlusse mit dem Dritten eine ihm nicht bekannt gewordene Veränderung der Verhältnisse, insbesondere der Vermögensverhältnisse des Berechtigten, stattgefunden habe, denn er hatte die Pflicht, sich rechtzeitig vor dem Vertragsschlusse zu erkundigen. Die Frage aber, ob eine Berufung auf veränderte Umstände dann zulässig ist, wenn die Aenderung erst nach dem Vertragsschlusse mit dem Dritten entstanden ist, kann nur im Zusammenhange mit der streitigen Frage erörtert werden, ob bei Vorverträgen überhaupt die clausula rebus sic stantibus stattfindet[17]); sie ist indessen hier

ist selbstverständlich; aber er ist nicht gehindert eine identische oder auch abweichende Offerte zu machen, die dann der Berechtigte ebenso annehmen kann, wie die vom Gesetze fingirte. Da die Offerte bereits mit dem Vertragsschlusse mit dem Dritten in Kraft getreten ist, ist die „Anzeige" als solche nicht Offerte, sondern denuntiatio (s. unten Z. 3).

[14]) S. oben § 7 Z. 3.

[15]) Carpzov. Jurisprud. forens. P. 2 const. 33 def. 7, Seuff. Arch. Bd. 32 Nr. 140 (Lübeck 20. 5. 1875); abw. Preuß. L. R. I. 20 § 621 fg. Bezüglich des Retrakts vgl. Stobbe a. a. O. § 89 Anm. 27, abw. Walch a. a. O. S. 202.

[16]) So auch Motive zu § 481 fg. Deutsch Entw., Bd. 2 S. 347 Z. 5.

[17]) Bejahend: Seuff. Arch. Bd. 2 Nr. 165, Bd. 30 Nr. 111, Entsch. R. O. H. G. Bd. 23 S. 137, Dernburg Preuß. Privatr. Bd. 2 § 43, Pand.

auch nicht von besonders praktischer Bedeutung, da der Verpflichtete regelmäßig in der Lage ist, sofort nach dem Abschlusse des Vertrages mit dem Dritten eine Entscheidung über die Ausübung oder Nichtausübung des Vorkaufsrechtes herbeizuführen, so daß eine Veränderung der Umstände in Folge Zeitablaufes selten vorkommen dürfte. Ist aber der Vertrag mit dem Berechtigten einmal *abgeschlossen*, so ist ein Rücktritt wegen veränderter Umstände nur nach allgemeinen Grundsätzen, also regelmäßig *nicht*, statthaft.

Die *Ausnahmen* von der Regel, daß der Verpflichtete alle Bedingungen des mit dem Dritten geschlossenen Vertrages auch für den mit dem Berechtigten zu schließenden Vertrag gelten zu lassen hat, sind bereits oben erwähnt worden: Leistungen, die nicht in Geld bestehen, sind unter Umständen einer Umwandlung in Geld fähig (§ 7 Z. 3), auch findet beim Mengekauf eine neue Bestimmung des Preises, allerdings auf der Grundlage der früheren Vereinbarung statt (§ 7 Z. 5). *Keine* Ausnahme liegt dagegen darin, daß an die Stelle einer mit dem Dritten *vereinbarten Aufrechnung* der Gegenleistung des Dritten auf eine Schuld des Verpflichteten nun Zahlung tritt, denn die vereinbarte Compensation ist hier nicht Kaufbedingung, sondern Vereinbarung zwecks Tilgung einer Schuld des Verpflichteten aus einem anderen Rechtsgeschäfte[18]).

3. Besteht die Verbindlichkeit des Vorkaufsverpflichteten darin, mitzuwirken zum Vertragsschlusse, wenn der Vorkaufsberechtigte solchen verlangt, und ist daher dem Vorkaufsberechtigten keineswegs die Möglichkeit genommen, wenn ihm bekannt geworden ist, daß der Verpflichtete einen Vertrag (Verkauf u. s. w.) mit einem Dritten abgeschlossen habe, die Initiative zum Vertragsschlusse zu ergreifen[19]), so folgt doch aus dem Zwecke des Vorkaufsrechtes und dem obligatorischen Rechtsverhältnisse zwischen

Bd. 2 § 85 Anm. 5, Kohler im Arch. für bürgerl. R. Bd. 2 S. 237, Preuß. L. R. I. 5 § 377 ff., I. 11 § 656, Oesterr. G. B. § 936. *Verneinend*: u. A. Unger Oesterr. Privatr. Bd. 2 § 91 Anm. 78 fg., Thöl Handelsr. 6. Aufl. § 246 Anm. 15, O. A. G. Lübeck 10./11. 1866 in Kierulffs Samml. Bd. 2 S. 730 ff. (Ausnahme bei formeller Insolvenz d. h. Konkurseröffnung), Göppert in der Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 14 S. 426 ff., Regelsberger in Endemanns Handb. des Handelsr. Bd 2 S. 419, Bechmann Kauf Th. 2 Abth. 1 S. 277 Anm. 1.

[18]) Vgl. auch Berger l. c. § 20. — Es versteht sich von selbst, daß der Vorkaufsberechtigte auf solche Vertragsbestimmungen, die nur zum Vortheil des Dritten getroffen waren, auch verzichten kann. S. oben § 7 Z. 3 a. E. und Preuß. L. R. I. 20 § 580.

[19]) s. oben § 5 Z. 1.

dem Verpflichteten und dem Berechtigten, daß der Verpflichtete nach dem Abschlusse des Vertrages mit dem Dritten sich nicht lediglich passiv verhalten darf. Er ist vielmehr verpflichtet, den Berechtigten von dem Vertragsschlusse mit dem Dritten zu benachrichtigen, um dem Berechtigten dadurch die Möglichkeit zu geben, sich über Ausübung oder Nichtausübung seines Anspruches schlüssig zu machen. Ausdrücklich vorgeschrieben ist dies für den Emphyteuta[20]); aus dem Zwecke des Vorkaufsrechtes folgt es auch für andere gesetzliche[21]), sowie für die durch Rechtsgeschäft begründeten Vorkaufsrechte.

Die Benachrichtigung verfolgt aber nicht nur einen informatorischen Zweck, dem Berechtigten Kenntniß von der Thatsache des Vertragsschlusses und dem Inhalte des Vertrages zu geben, oder auch von der Bereitwilligkeit des Verpflichteten, einen Vertrag gleichen Inhaltes mit dem Berechtigten abzuschließen[22]); die Benachrichtigung soll vielmehr zugleich einen dispositiven Zweck verfolgen: sie soll Vertragsofferte sein. Deshalb hat sie von dem Verpflichteten oder dessen Vertreter auszugehen; es genügt nicht, daß ein Dritter dem Berechtigten Kenntniß gebe[23]). In dem Vorkaufsrechte ist daher nicht nur eine Verpflichtung zur Vertragseingehung auf Verlangen des Berechtigten, sondern auch eine Vertragsanbietungspflicht[24]) enthalten: der Vor-

[20]) L. 3 Cod. de jure emphyt. 4. 66: . . . disponimus attestationem domino transmitti et praedicere, quantum pretium ab alio re vera accipit.

[21]) Beim Vorkaufsrechte der Gläubiger und Verwandten war eine Benachrichtigung der Berechtigten freilich nicht nöthig, weil diese mitbieten mußten, also anwesend waren. — Beim Retrakte an sich (wenn nicht zugleich ein Vorkaufsrecht nebenher geht) besteht eine Verpflichtung zur Benachrichtigung nicht; wenn Benachrichtigung erfolgt, bezweckt sie nur, den Zeitpunkt der Kenntniß des Berechtigten von der Veräußerung festzustellen; vgl. Hommel Rhaps. quaest. Tom. 1 obs. 206 n. 15 pag. 310, Roth Bayr. Civilrecht Bd. 2 § 142 Anm. 28. Vgl. auch Walch a. a. O. S. 250 fg., für das preußische dingliche Vorkaufsrecht Entsch. O. Trib. Berlin 23./4. 1877 Bd. 80 S. 86 ff.

[22]) Bad. Annalen Bd. 30 S. 55.

[23]) Weitere Consequenzen: der Benachrichtigende muß dispositionsfähig sein. Daß eine vom furiosus ausgehende Benachrichtigung rechtlich bedeutungslos ist, versteht sich von selbst; aber auch der wegen Verschwendung Entmündigte kann sie mit rechtlichem Erfolge nicht vornehmen, sondern nur sein Curator. Wäre die Benachrichtigung nur denuntiatio, nicht Dispositivakt, so vermöchte auch der prodigus sie gültig vorzunehmen.

[24]) Vgl. in Bezug auf diesen seither nicht genügend hervorgehobenen Punkt die mehr beiläufigen Aeußerungen von Berger l. c. § 18 (. . . quia hactenus denuntiatio non ad scientiam tantum, sed pro alio obligando seu incitando ad faciendum vel omittendum quidquam necessaria est). Koch a. a. O. § 243 Z. I. 1 („Er muß dem Berechtigten den Contrakt . . . anbieten"), Entsch. Reichsg. 23./1. 1882 in der Jurist. Wochenschr. 1882 S. 79 („der § 610 I. 20 A. L. R. setzt eine ausdrückliche Aufforderung des Vorkaufsberechtigten zur Geltendmachung

kaufsverpflichtete ist genöthigt Offerent zu werden, unbeschadet des Rechtes des Vorkaufsberechtigten selbst diese Rolle zu übernehmen.

Giebt daher der Verpflichtete dem Berechtigten Kenntniß von dem mit einem Dritten abgeschlossenen Vertrage, so muß darin, wenn nicht ausdrücklich eine gegentheilige Absicht erhellt, die Erfüllung der Vertragsanbietungspflicht, also eine Vertragsofferte, erblickt werden[25]), nicht etwa die an den Berechtigten gerichtete Aufforderung, ihm — dem Verpflichteten — eine Vertragsofferte zu machen. Durch die auf eine solche Benachrichtigung ergehende Erklärung des Vorkaufsberechtigten, von seinem Vorkaufsrechte Gebrauch zu machen, kommt also der Vertrag zwischen Beiden zu Stande; eine weitere Acceptation dieser Erklärung seitens des Verpflichteten ist weder erforderlich, noch schadet ihr Unterbleiben oder die Weigerung des Verpflichteten, denn der Vertrag ist bereits rechtsgültig geschlossen.

Aus dem doppelten Zwecke der Benachrichtigung ergeben sich folgende Sätze:

Der Verpflichtete selbst, oder sein Vertreter, hat die Anzeige zu erstatten; der Verpflichtete kann sich, wie bereits bemerkt, nicht darauf berufen, daß der Berechtigte durch einen Dritten Kenntniß von dem mit dem ersten Käufer u. s. w. abgeschlossenen Vertrage erhalten habe[26]).

Die Benachrichtigung hat an den Berechtigten oder dessen Vertreter zu erfolgen. Ist der Berechtigte handlungsunfähig, so muß sie, um rechtswirksam zu sein, an den gesetzlichen Vertreter geschehen; doch wird ein Mangel in dieser Richtung dadurch, aber ohne rückwirkende Kraft, geheilt, daß der gesetzliche Vertreter von der Benachrichtigung[27]) glaubhafte Kenntniß hinterher erhält.

seines Rechtes voraus"), ferner Entsch. Reichsg. 5. 10. 1886 Bd. 16 S. 158 („daß er . . . die Sache zu denselben Bedingungen . . . seinem Mitkontrahenten zum Kaufe anbieten muß"). Das Oesterr. G. B. § 1072 spricht von Einlösungsanbieten, da es einen Vertragsschluß nicht kennt. Die Motive zu § 483 Deutsch. Entw. (Bd. 2 S. 348) bezeichnen die Anzeigepflicht als eine „Consequenz der eingegangenen Verpflichtung"; die Anzeigepflicht des Entwurfes ist nicht Vertragsanbietungspflicht, da der Entwurf bereits vom Abschlusse des Vertrages mit dem Dritten an eine Offerte fingirt, s. oben Anm. 13.

25) Vgl. auch A. G. Hamm 15./12. 1866 in Gruchots Beiträgen zur Erläut. des Preuß. R. Bd. 10 S. 438 fg.; Entsch. O. Trib. Berlin 29./9. 1876 Bd. 78 S. 222.

26) Berger l. c. § 18, Preuß. L. R. I. 20 § 608 und dazu Entsch. O. Trib. Berlin 13./11. 1871 Bd. 66 S. 86, Förster-Eccius Preuß. Privatr. Bd. 3 § 189 Anm. 43. — Daß die Benachrichtigung nur dann rechtswirksam ist, wenn sie von einem Handlungsfähigen ausgeht, ist bereits bemerkt worden.

27) Es genügt nicht Kenntniß vom Vertragsschlusse mit dem Dritten.

Bei Zustellungen durch den Gerichtsvollzieher kommen die betreffenden Bestimmungen der Civilprozeßordnung zur Anwendung (§ 157—159, § 165 ff.), soweit sie nicht dem Prozeßrechtsverhältnisse eigenthümlich sind. So kann eine öffentliche Zustellung (§ 186 ff. C. P. O.) von dem Vorkaufsverpflichteten nicht verlangt werden[28]); vielmehr muß hier, wie auch in anderen Fällen, wenn der Aufenthalt des Berechtigten oder seines Vertreters nicht bekannt, auch ein Generalbevollmächtigter des Berechtigten nicht bestellt und dies dem Verpflichteten bekannt geworden ist, eine testatio, d. h. Erklärung vor Gericht[29]), genügen, um den Verpflichteten vor dem Vorwurfe des Verzuges zu schützen und um dem Berechtigten gegenüber die Erklärungsfrist in Lauf zu setzen[30]).

Eine bestimmte Form ist gemeinrechtlich nicht vorgeschrieben[31]). Es muß daher mündliche Benachrichtigung als genügend erachtet werden[32]); Zuziehung von Zeugen[33]) oder Zustellung durch den Gerichtsvollzieher ist aber räthlich[34]), da den Verpflichteten die Beweislast trifft, daß er seiner Verbindlichkeit, den Berechtigten vom Kaufabschlusse zu benachrichtigen und ihm Vertragsschluß anzubieten, genügt habe[35]).

Einmalige Benachrichtigung des Berechtigten genügt[36]).

[28]) Abw. Preuß. L. R. I. 20 § 612 ff. für das dingliche Vorkaufsrecht. Vgl. auch Preuß. Ausf. Ges. zur C. P. O. vom 24./3. 1879 § 1 Abs. 1 und Deutsch. Entw. § 76.

[29]) Arg. L. 2 Dig. de naut. foen. 22. 2. Das Gericht kann einen curator absentis bestellen, der die Rechte des Abwesenden zu wahren vermag.

[30]) Vgl. für Preuß. L. R. die Entsch. O. Trib. Berlin 29./9. 1876 Bd. 78 S. 222.

[31]) Für das dingliche Vorkaufsrecht trifft das Preuß. L. R. I. 20 § 611 ff. besondere Vorschriften (§ 614 ist aufgehoben, vgl. Koch Commentar zum A. L. R. 8. Aufl. Bd. 2 S. 921 Anm. 50).

[32]) Preuß. L. R. I. 20 § 608 verpflichtet auch zur Zustellung einer „getreuen Abschrift der Punktation."

[33]) L. 3 Cod. de jure emphyt. 4. 66 verpflichtet den Emphyteuta zur Zusendung einer attestatio, d. h. einer durch Zeugen beglaubigten Nachricht, Glück Bd. 8 S. 455 zu Anm. 27 (nicht aber eines Zeugnisses über den geschlossenen Contrakt, wie v. Buri Von den Bauerngütern 1783 S. 174 fg. annahm). Aber diese Art der Benachrichtigung liegt nur im Interesse des Verpflichteten. — Auch in der von einem pactum de vendendo handelnden L. 122 § 3 Dig. de Verb. Obl. 45. 1 ist das testato convenire et desiderare nicht anders aufzufassen, vgl. Bechmann Kauf Th. 2 Abth. 1 S. 269 Anm. 1.

[34]) Vgl. auch Deutsch. Entw. § 75.

[35]) Vgl. Seuff. Arch. Bd. 30 Nr. 29 (Celle 29./5. 1874), Bd. 41 Nr. 181 (Braunschweig 3./4. 1886).

[36]) Das saepius convenire in der vorerwähnten L. 122 § 3 Dig. 45. 1 ist, wie Glück (Bd. 4 S. 407 Anm. 24) und Bechmann (Kauf Th. 2 Abth. 1 S. 269 Anm. 1) richtig bemerken, nicht als allgemeines Erforderniß aufzufassen. So schon Bartol. ad h. l., Alciat. ad h. l. (ed. 1582 Tom. 2 pag. 854 sq.), Berger l. c. § 18.

Was den Inhalt der Benachrichtigung betrifft, so versteht es sich von selbst, daß nicht nur die Thatsache des Vertragsschlusses (Verkaufes u. s. w.), sondern auch alle Bedingungen desselben dem Berechtigten mitzutheilen sind, da nur in diesem Falle der Berechtigte in die Lage gesetzt wird, sich über Ausübung oder Nichtausübung seines Vorkaufsrechtes zu entscheiden. Für das Vorkaufsrecht des Eigenthümers der Emphyteuse ist dies bezüglich des Kaufpreises ausdrücklich vorgeschrieben[37]; bezüglich der übrigen Bedingungen muß aber dasselbe gelten, und ebenso kann es keinem Zweifel unterliegen, daß diese Verpflichtung auch in den anderen Fällen des Vorkaufsrechtes besteht[38]. Alles dies gilt um so mehr, als die Benachrichtigung zugleich Vertragsofferte sein soll und, wenn nicht ausdrücklich das Gegentheil erklärt wird, auch als Vertragsofferte anzusehen ist. Deshalb ist auch eine ausdrückliche Erklärung, daß der Verpflichtete „bereit" sei, den Vertrag unter den mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen mit dem Berechtigten abzuschließen[39], nicht unbedingt erforderlich[40].

Eine bestimmte Frist, innerhalb der die Benachrichtigung zu erfolgen hat, ist nicht vorgeschrieben; nach allgemeinen Grundsätzen muß die Benachrichtigung mithin unverzüglich nach dem Vertragsschlusse mit dem Dritten erfolgen[41], ohne Rücksicht darauf, ob die dem Vertrage beigefügte aufschiebende Bedingung bereits eingetreten ist u. s. w.[42].

Mit dem Wegfall des Vorkaufsanspruches fällt natürlich auch die Benachrichtigungspflicht weg; dies gilt insbesondere dann, wenn der mit dem Dritten geschlossene Vertrag an einer solchen Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit leidet, auf die sich der Verpflichtete berufen darf[43], und wenn der Vertrag mit dem

---

37) L. 3 Cod. de jure emphyt. 4. 66: praedicere, quantum pretium ab alio re vera accipit.

38) Berger l. c. § 18. Treitschke-Wengler a. a. O. S. 211, Entsch. Reichsg. 5./10. 1886 Bd. 16 S. 158, für das Preuß. Recht Förster-Eccius Preuß. Privatr. Bd. 3 § 189 zu Anm. 43 (Preuß. L. R. I. 20 § 608, 610), Deutsch. Entw. § 483. — Der Name des Dritten, mit dem der Vertrag geschlossen ist, braucht nicht mitgetheilt zu werden (so auch Arndts in Weiskes Rechtslex. Bd. 3 S. 865 Anm. 90 bezüglich des Vorkaufsrechts des Eigenthümers des emphyteutischen Grundstückes), allein auf Verlangen des Berechtigten ist er anzugeben, damit der Berechtigte sich über die Richtigkeit der Benachrichtigung verlässigen kann.

39) Bad. Annalen Bd. 30 S. 55.

40) Anders für Preußen O. Trib. Präj. Nr. 605 v. 7./9. 1838 (Förster-Eccius Preuß. Privatr. Bd. 3 § 189 Anm. 43).

41) So auch Deutsch. Entw. § 483.

42) S. oben § 9 Z. 2.

43) S. oben § 8.

Dritten durch Ausfall der demselben beigefügten aufschiebenden oder durch Eintritt der demselben beigefügten auflösenden Bedingung unwirksam geworden ist[44]). —

Es versteht sich endlich von selbst, daß in dem das Vorkaufsrecht begründenden Rechtsgeschäfte selbst, oder durch spätere rechtsgültige Vereinbarungen zwischen dem Verpflichteten und dem Berechtigten, über Inhalt, Form, Frist u. s. w. der Benachrichtigung besondere Bestimmungen getroffen sein können, die dann maßgebend sind.

4. Ueber die Nichterfüllung der Verpflichtung zum Vertragsschlusse ist im § 14 zu handeln. Nichterfüllung oder nicht rechtzeitige Erfüllung der Benachrichtigungs-(Vertragsanbietungs-)Pflicht seitens des Vorkaufsverpflichteten hindert, wie bereits bemerkt[45]), den Berechtigten nicht, seinerseits die Offerentenrolle zu übernehmen. Außerdem gewährt das Recht aber auch dem Berechtigten nach allgemeinen Grundsätzen einen Schadensersatzanspruch[46]), wenn ihm durch die Verzögerung oder Unterlassung der Benachrichtigung Nachtheile erwachsen sind[47]); ganz dasselbe gilt aber auch, wenn der Verpflichtete zwar die denuntiatio vornimmt, dabei aber ausdrücklich erklärt, daß seine Erklärung nicht Vertragsangebot sein solle. Hier bedarf es, nach gemeinem Rechte[48]), noch der Mitwirkung des Verpflichteten, nämlich seiner Annahme-Erklärung, um, auf die Offerte des Berechtigten hin, den Vertrag zu Stande zu bringen, während der Berechtigte Anspruch darauf hatte, daß ihm unverzüglich nach dem Vertragsschlusse eine seinem Vorkaufsanspruche entsprechende Offerte gemacht werde, durch deren Annahme er sofort den Vertrag mit dem Vorkaufsverpflichteten zur Existenz bringen könne.

Eine nicht ordnungsmäßige, insbesondere in wesentlichen Stücken unvollständige oder unrichtige Benachrichtigung kann dem Berechtigten nicht zum Nachtheil gereichen. Leidet sie

[44]) S. oben § 9 Z. 2.

[45]) S. oben Z. 3 a. A. und § 5 Z. 1.

[46]) Vgl. Motive zu § 483 Deutsch. Entw. Bd. 2 S. 348; vgl. auch Preuß. L. R. I. 20 § 628.

[47]) Beispielsweise der Vorkaufsberechtigte hat, um seinen Bedarf zu decken, inzwischen eine Sache der betreffenden Gattung sich anderweit, aber zu ungünstigeren Bedingungen verschafft; oder die Sache, auf die sich das Vorkaufsrecht bezieht, hat inzwischen am Werthe verloren. — Ist der Werth der Sache inzwischen gestiegen, so ist dies für den Vorkaufsanspruch bedeutungslos, da nur die mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen maßgebend sind, vgl. für den Retrakt Leyser med. ad Pand. P. 3 spec. 193 med. 9, Glück Bd. 16 S. 186.

[48]) Anders nach Deutsch. Entw. § 482 (s. oben Z. 1 a. E.).

an formellen Mängeln oder ist sie unvollständig, so kann sie dem Berechtigten gegenüber die Erklärungsfrist nicht in Lauf setzen, denn sie kann weder als denuntiatio, noch als Vertragsofferte in Betracht kommen. Ist sie unrichtig (wohin auch der Fall der Unvollständigkeit gehört, wenn dadurch die Offerte einen anderen Inhalt erhält, als ihn der Vorkaufsanspruch hat), so bewirkt das Schweigen oder die Entsagung des Vorkaufsberechtigten nicht den Verlust des Vorkaufsanspruches[49]), der sich mit der Vertragsofferte ja dann nicht deckt, vielmehr nur den Verlust des nach allgemeinen Grundsätzen dem Berechtigten durch die Offerte erwachsenen Anspruches auf Annahme gerade dieser Offerte. Hat der Berechtigte auf die unrichtige Benachrichtigung hin einen Vertrag mit dem Verpflichteten abgeschlossen, dessen Inhalt sich mit dem Inhalte seines Vorkaufsanspruches nicht deckt, so kann er diesen Vertrag nach allgemeinen Grundsätzen anfechten, daneben steht ihm Schadenersatzanspruch zu, während bezüglich seines Vorkaufsanspruches noch res integra besteht, so daß er ihn nach wie vor geltend machen kann.

§ 11.

Pflichten des Berechtigten.

Pflichten im eigentlichen Sinne des Wortes hat der Berechtigte nicht; das Rechtsverhältniß ist einseitig berechtigend. Allein die Berechtigung ist nicht unbegrenzt; es bestehen gewisse Vorschriften für die Ausübung der Berechtigung, an die sich der Berechtigte halten muß, wenn er seinen Anspruch verwirklichen will. In diesem Sinne ist hier von Pflichten des Berechtigten die Rede.

1. Der Vorkaufsberechtigte hat Anspruch auf Benachrichtigung (Vertragsanbietung) und auf Vertragsschluß unter den mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen. Er muß also alle mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen auch für den Vertrag gelten lassen, den er mit dem Verpflichteten schließen will[1]). Ist er dazu nicht bereit, so kann der Verpflichtete die

[49]) Vgl. Mevius Decis. P. 2 decis. 253, P. 3 decis. 324, Walch a. a. O. S. 251, Bad. Annalen Bd. 30 S. 57 pos. 1, Seuff. Arch. Bd. 41 Nr. 181.

[1]) L. 3 Cod. de jure emphyt. 4.66 bezüglich des Kaufpreises: sin autem . . . dominus hoc facere noluerit. Beim Vorkaufsrechte der Gläubiger und Verwandten mußte der Berechtigte denselben Preis u. s. w. bieten, wie ein dritter Steigerer (in comparatione). Im Uebrigen vgl. Brückner l. c. pag.

Offerte des Berechtigten zurückweisen (exceptio doli), vorbehältlich der auch hier geltenden Ausnahmen, daß eine nicht in Geld bestehende Leistung unter Umständen einer Umwandlung in Geld fähig ist (§ 7 Z. 3) und daß beim Mengekauf eine neue Preisbestimmung, allerdings auf der Grundlage des mit dem Dritten vereinbarten Preises stattfindet (§ 7 Z. 5)[2]. Der Berechtigte kann daher, wenn im Vertrage mit dem Dritten Baarzahlung vereinbart war, nicht verlangen, daß ihm der Preis kreditirt werde, oder daß er an Stelle des Preises eine Sache an Zahlungsstatt gebe[3]. Dagegen kann er natürlich auf solche Bedingungen, die ausschließlich im Interesse des Dritten getroffen waren, verzichten; er kann also, wenn der Kaufpreis dem Dritten kreditirt war, und zwar in dem Sinne, daß der Verkäufer (Vorkaufsverpflichtete) vor der Fälligkeit Zahlung nicht verlangen dürfe, nicht aber in dem Sinne, daß der Dritte vor dem bestimmten Tage nicht leisten dürfe, trotzdem beanspruchen, den Kaufpreis alsbald abtragen und den Vertrag mit einer solchen Bestimmung abschließen zu dürfen[4].

Die Kosten des mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrages berühren den Vorkaufsberechtigten nicht[5]; ebensowenig hat er dem Verpflichteten die Kosten der Benachrichtigung zu ersetzen, oder Verwendungen, die der Verpflichtete vor dem Vertragsschlusse mit dem Dritten auf die Sache gemacht hat[6].

23, Koch a. a. O. § 243 Z. II, Sintenis a. a. O. § 116 S. 644, Puchta Vorles. § 360 a. E., ebenso Preuß. L. R. I. 20 § 602 fg., Oesterr. G. B. § 1077, Sächs. G. B. § 1123, Deutsch. Entw. § 482. Aehnlich für den Retrakt: Walch a. a. O. S. 190 fg., Glück Bd. 16 S. 186 ff., Renaud in der Zeitschr. für Deutsches R. Bd. 8 S. 276, Gerber a. a. O. § 176, Gengler a. a. O. § 88 Anm. 32, Beseler a. a. O. § 94 Z. VI. a, Stobbe a. a. O. § 89 Z. 5. Auch darin stimmen Vorkaufsrecht und Retrakt überein, daß nur die Bedingungen des ersten Vertrages maßgebend sind: hat der Dritte die dem Retrakt unterworfene Sache weiter verkauft, oder hat der Vorkaufsverpflichtete, nach Aufhebung des ersten Kaufvertrages, einen zweiten geschlossen, so sind lediglich die Bedingungen des ersten Vertrages maßgebend, denn dieser hatte bereits dem Vorkaufsanspruche Inhalt und Wirksamkeit verliehen. Ausnahmen: wenn der erste Vertrag in Folge eines ihm inhärirenden Umstandes aufgehoben oder unwirksam wurde (z. B. Nichtigkeit, Anfechtbarkeit Ausfall der aufschiebenden Bedingung u. s. w.).

[2]) S. oben § 10 Z. 2.

[3]) Berger l. c. § 20, für den Retrakt Walch a. a. O. S. 200 fg., Glück Bd. 16 S. 188.

[4]) Für den Retrakt Walch a. a. O. S. 201.

[5]) Anders beim Retrakte, der sich gegen den dritten Besitzer richtet, welcher persönlich nicht verpflichtet ist, Walch a. a. O. S. 191 fg. (Lehnwaare S. 210 ff.), Glück Bd. 16 S. 186 ff., Gerber a. a. O. § 176 Anm. 11, Stobbe a. a. O. § 89 Anm. 26; anders beim dinglichen Vorkaufsrechte: Preuß. L. R. I. 20 § 633 fg.

[6]) Diese Verwendungen gelten bereits durch die mit dem Dritten vereinbarte Preisbestimmung als erledigt. Bezüglich der Verwendungen, die nach dem Vertrags-

2. Der Verpflichtete hat dem Berechtigten Vertragsschluß anzubieten; er kann dieser Verpflichtung durch Benachrichtigung des Berechtigten genügen, denn die Benachrichtigung ist, wenn nicht ausdrücklich das Gegentheil erklärt wird, als Vertragsangebot aufzufassen (s. § 10 Z. 3). Als solches Vertragsangebot ist auch die vorbehaltlose Benachrichtigung anzusehen, die der Emphyteuta dem Eigenthümer des emphyteutischen Grundstücks zu machen hat; will Letzterer sein Vorkaufsrecht geltend machen, so hat er innerhalb zweier Monate das in der Benachrichtigung liegende Vertragsangebot anzunehmen, widrigenfalls der Emphyteuta nicht mehr gebunden ist und deßhalb den mit dem Dritten geschlossenen Vertrag vollziehen kann[7]). Aeltere Schriftsteller haben diese Frist auch für andere Vorkaufsrechte anwendbar erklärt[8]), allein die Vorschrift ist nicht der Ausdruck eines allgemeinen Prinzipes, sondern eine für den Einzelfall gegebene positive Vorschrift[9]). Für die übrigen Vorkaufsrechte ist vielmehr, wenn bei Begründung des Vorkaufsrechtes keine bestimmte Frist festgesetzt worden ist, nach allgemeinen Grundsätzen über Annahme von Offerten[10]) unverzügliche Erklärung zu verlangen[11]). Die Umstände des Einzelfalles sind dabei in Betracht zu ziehen; eine berechtigte Verzögerung der Erklärung seitens des Vorkaufsberechtigten kann insbesondere dadurch entstehen, daß der Berechtigte sich zunächst über den genauen Inhalt des zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten abgeschlossenen Vertrages verlässigen will, weil dieser Vertrag den Inhalt seines Vorkaufsanspruches bestimmt, sei es, daß er zunächst Edition der Verkaufsurkunde verlangt[12]), oder daß er, wo es an einer solchen

schlusse mit dem Dritten auf die Sache vorgenommen werden, gelangen die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung.

7) L. 3 Cod. de jure emphyt. 4.66 (oben § 2 Z. 1)

8) Vgl. Berlich Conclus. practic. P. 2 concl. 2 n. 55, Voet Comment. ad Pand. Lib. 18 tit. 3 § 10, auch Alciat. Comment. in Pand. ed. 1582 Tom. 2 pag. 852 ad L. 122 § Coheredes Dig. de Verb. Oblig. (45.1): „Sed quando tempore expectandum erit an coheredes velint emere? Et Raph. arbitrio judicis constituendam diem recte censuit, qui ex similitudine emphyteuseos non debebit minus duorum mensium tempore constituere, ut scilicet secundum juris regulas de similibus ad similia procedat."

9) Mevius Decis. P. 2 decis. 251, Berger l. c. § 18.

10) Regelsberger Civilrechtl. Erörterungen 1. Heft S. 65 fg. und in Endemanns Handb. des Handelsr. Bd. 2 S. 433 fg., Windscheid Pand. Bd. 2 § 307 Anm. 14; vgl. auch H. G. B. Art. 318 fg. und Deutsch. Entw. § 83 ff.

11) Treitschke-Wengler a. a. O. S. 211: „sofort", Seuff. Arch. Bd. 30 Nr. 247 (Celle 10./2. 1875): „binnen kürzester Frist ist". Es gelten u. E. aber für das gemeinrechtliche Vorkaufsrecht keine anderen Grundsätze als die allgemeinen über Offerten-Annahme (vgl. auch Preuß. L. R. I. 20 § 609.)

12) Walch a. a. O. S. 198, Entsch. des Obersten Gerichtshofes für Bayern

Urkunde fehlt, Erkundigungen über den Inhalt des Kaufvertrages einzuziehen für nöthig hält. Aber auch über die Beschaffenheit der Sache kann der Berechtigte sich zunächst verlässigen wollen, bevor er das Vertragsangebot annimmt oder ablehnt[13]). In allen diesen Fällen hat das richterliche Ermessen zu entscheiden, ob die Annahme-Erklärung rechtzeitig erfolgt ist oder nicht[14]). Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Annahmefrist findet nicht statt, auch wenn im Uebrigen die Voraussetzungen dazu vorliegen würden, denn die Offerte wirkt nach Vertrag oder Gesetz nur auf bestimmte Zeit. Zur Zeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand würde der Oblat keine Offerte mehr vorfinden; den Vorkaufsverpflichteten aber zur Stellung einer neuen Offerte zu nöthigen, würde sich regelmäßig schon deshalb verbieten, weil der durch die Wiedereinsetzung zu beseitigende Nachtheil unverhältnißmäßig gering dem Nachtheil gegenüber sein würde, der den Vorkaufsverpflichteten

15./10. 1883 (Samml. Bd. 10 S. 183). Es gelten die allgemeinen Grundsätze für die actio ad exhibendum. Zur Vorweisung ist auch der Dritte (erste Käufer) verpflichtet, da durch den in der Urkunde niedergelegten Vertrag der Vorkaufsanspruch erst seine Wirksamkeit und Bestimmtheit erhalten hat. Wird die Vorweisungsklage gegen den Vorkaufsverpflichteten gerichtet, so kann sie auch mit dem Hauptanspruche, gerichtet auf Erfüllung des Vorkaufsanspruches, verbunden werden. Vgl. im Allgemeinen Glück Bd. 11 S. 211 und bezüglich des Vorkaufsrechtes die Klagebitte in dem in Seuff. Arch. Bd. 20 Nr. 247 mitgetheilten Rechtsfalle.

[13]) Vgl. die in voriger Anm. citirte Bayerische Entscheidung. Bezüglich der actio ad exhibendum gilt das in voriger Anm. Gesagte. — Unter besonderen Umständen kann der Vorkaufsberechtigte zunächst auch das persönliche Erscheinen (oder eine Erklärung) des Dritten verlangen, beispielsweise wenn der Eigenthümer des emphyteutischen Grundstückes sich zunächst darüber verlässigen will, ob der Dritte idonea persona, das Kaufgeschäft also rechtsbeständig ist, oder wenn der Dritte zur Vorausentrichtung gewisser Leistungen beim Erwerbe verpflichtet ist u. s. w., vgl. Entsch. Reichsg. 4/10. 1882 in Jurist. Wochenschr. 1882 S. 263 Z. 38. — Ueber die zur Wahrung von Formvorschriften erforderliche Erstreckung der Annahmefrist vgl. unten § 13 Z. 1.

[14]) Das Preuß. L. R. I. 20 § 609 läßt diesen Grundsatz bei beweglichen Sachen im Wesentlichen gelten, während es bei unbeweglichen Sachen die der L. 3 Cod. 4. 66 (vgl. auch Preuß. L. R. I. 18 § 710) entnommene zweimonatige Frist setzt. Ebenso unterscheiden das Oesterreichische und Sächsische Gesetzbuch, sowie der Deutsche Entwurf zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen; sie setzen jedoch bestimmte Fristen fest, was zwar häufig im Interesse des Verpflichteten liegen mag, mit den Interessen des Berechtigten aber nicht immer vereinbar ist. So Oesterr. G. B. § 1075: 24 Stunden bezw. 30 Tage, Sächs. G. B. § 1122: 3 bezw. 30 Tage, Deutsch. Entw. § 487 Z. 2: eine Woche bezw. zwei Monate. Die Fristen des Preuß. L. R., soweit es sich um dingliche Vorkaufsrechte handelt, und des Oesterr. G. B. sind freilich nicht Vertrags-Annahmefristen, da kein Vertragsschluß stattfindet (s. oben § 10 Anm. 4). — Nachprüfung des Revisionsrichters ob die Frist, wo sie nicht fest bestimmt war, als angemessene angesehen werden kann? Vgl. die vorhin citirte Entsch. des Obersten Gerichtshofes für Bayern vom 15./10. 1883.

träfe, der im Vertrauen auf die Nichtannahme des Vertragsangebotes (Nichtausübung des Vorkaufsrechtes) den mit dem Dritten geschlossenen Vertrag vollzogen hat[15]).

Eine Annahmefrist läuft nur da, wo ein Angebot stattgefunden hat. Da die Benachrichtigung, wenn nicht das Gegentheil erhellt, als Offerte anzusehen ist (s. oben § 10 Z. 3), so läuft die Frist allerdings regelmäßig von der Benachrichtigung an. Allein wenn der Vorkaufsverpflichtete erklärt, daß in der Benachrichtigung eben nur eine solche, nicht auch eine Offerte zu erblicken sei, wenn er beispielsweise mit der Benachrichtigung die Erklärung verbindet, daß er nicht gesonnen sei, einen Vertrag des mit dem Dritten vereinbarten Inhaltes mit dem Berechtigten abzuschließen, oder auch nur, daß er keine Veranlassung habe, dem Berechtigten den Abschluß eines Vertrages anzubieten, vielmehr dessen etwaigem Angebote entgegensehe, um sich dann über Annahme oder Nichtannahme dieses Gebotes schlüssig zu machen, so liegt u. E. kein Rechtsgrund vor, den Berechtigten zu nöthigen, unverzüglich nach erfolgter Benachrichtigung eine Erklärung abzugeben oder seines Vorkaufsanspruches verlustig zu werden. Auch die L. 3 Cod. 4. 66 sagt dies nicht, ganz abgesehen davon, daß, wenn sie es sagen würde, dies für die anderen Vorkaufsrechte nicht maßgebend wäre[16]). —

Eine bestimmte Form ist für die Annahmeerklärung gemeinrechtlich nicht vorgeschrieben[17]); die Annahme kann auch durch konkludente Handlungen erfolgen[18]). —

Ueber die Erlöschung des Vorkaufsrechtes in Folge nicht rechtzeitiger Annahme s. unten § 15 Z. 7. —

§ 12.

Einfluß einer Aenderung der Subjekte. Mehrheit der Subjekte.

1. Daß die Erben des Vorkaufsverpflichteten die Verbindlichkeit ihres Erblassers zu erfüllen haben, wenn nichts anderes bestimmt ist, ist kaum bezweifelt worden[1]). — Sonder-

[15]) Vgl. im Allgemeinen Vangerow Pand. Bd. 1 § 177 Anm. 2, Windscheid Pand. Bd. 1 § 115 Anm. 6.

[16]) Anders nach dem Deutsch. Entw., da dieser eine Offerte fingirt (s. oben § 10 Z. 1 a. E.)

[17]) S. unten § 13 Z. 1.

[18]) S. unten § 14 Z. 1.

[1]) Carpzov. Jurisprud. forens. P. 2 const. 32 def. 21, Berger l. c. § 11, v. Bülow und Hagemann Prakt. Erörterungen Bd. 4 S. 39, Brueckner

nachfolge in die Verbindlichkeit kann nach allgemeinen Grundsätzen stattfinden; durch Zustimmung des Berechtigten erlangt sie Gültigkeit und bewirkt die Befreiung des seither Verpflichteten[2][3].

2. Streitig ist dagegen die Frage, ob der Vorkaufsanspruch auf die Erben des Berechtigten übergehe.

Die Quellen geben keinen Aufschluß, denn die öfter citirte L. 122 § 3 Dig. de Verb. Oblig. 45. 1 (sub hoc pacto, ut si quis eorum partem suam alienare voluisset, eam vel coheredi suo vel ejus successori venderet . . .) bezieht sich überhaupt nicht auf ein Vorkaufsrecht[4], auch ließe sich aus der Thatsache, daß in dem konkreten Rechtsfalle auch des Ueberganges des Anspruches auf die Erben des Berechtigten gedacht war, keineswegs folgern, daß ohne diese Vereinbarung ein Uebergang auf die Erben nicht stattgefunden hätte[5].

Die älteren Schriftsteller bejahten diese Frage, wenn nicht ausnahmsweise das Vorkaufsrecht ausdrücklich auf die Person des Berechtigten selbst beschränkt worden sei[6]. Dabei stützten sie aber ihre Ansicht, daß eine solche Beschränkung stattgefunden habe, oft auf rein äußerliche Dinge[7].

l. c. pag. 14 not. n, Koch a. a. O. § 242 Anm. 2, Curtius Sächs. Civilr. Bd. 4 § 1415, Entsch. Obersten Gerichtshofes für Bayern 22./3 1876 (Samml. Bd. 5 S. 822), Preuß. L. R. I. 20 § 569, 621, Sächs. G. B. § 1127, Motive zu § 487 Deutschen Entw. Bd. 2 S 351. — Abw. Seuff. Arch. Bd. 1 Nr. 47 (Dresden 16./8. 1844): der Vorkaufsanspruch gehe gegen die Erben des Verpflichteten nur dann, wenn das Vorkaufsrecht „im Allgemeinen und ohne besondere Rücksicht auf die Person des Verpflichteten constituirt" worden sei.

[2]) Vgl. Windscheid Pand. Bd. 2 § 338 ff., Stobbe Privatr. Bd. 3 § 181, Regelsberger in Endemanns Handb. des Handelsr. Bd. 2 § 257 Anm 19 ff.

[3]) Ob der überlebende Ehegatte des Verpflichteten, wenn ihm partikularrechtlich die statutarische Portion zusteht und er die Sache, auf die sich das Vorkaufsrecht bezieht, veräußert, zur Erfüllung der Vorkaufsverbindlichkeit verpflichtet ist, hängt davon ab, ob er die Verbindlichkeiten des Verstorbenen zu erfüllen hat. Abw. Carpzov l. c. def. 22, Berger l. c. § 11.

[4]) S. oben § 4 Z. 3

[5]) Abw. Seuff. Arch. Bd. 17 Nr. 244 (Dresden 17./9. 1863).

[6]) Carpzov. l. c. def. 21, Berlich Conclus. practic. P. 2 concl. 40 n. 70, Stryk De success. ab intest. Diss. 6 c. 2 § 3 sq., Usus mod. Pand. Lib. 18 tit. 1 § 24, Berger l. c. § 8, Moors l. c. § VI, Glaproth Rechtswiss. von Verträgen und Contracten Th. 2 § 286 S. 901, Glück Bd. 16 S. 194, Brueckner l. c. pag. 14 not. i, Curtius Sächs. Civilr. Bd. 4 § 1415.

[7]) Wenn die Berechtigung als Bedingung ausgedrückt sei (si venditor voluerit) solle sie nur auf den Berechtigten selbst, nicht auch auf dessen Erben bezogen werden können; anders wenn die Form der Bedingung vermieden sei (cum venditor voluerit), Stryk De success. ab intest. l. c. § 5, Berger l. c. § 9, Mueller ad Struv. Syntagma jurispr. Exerc. 23 th. 47 not. 4, 5, Moors l. c.

In neuerer Zeit wurde dagegen regelmäßig der Nichtübergang des Vorkaufsrechtes auf die Erben des Berechtigten behauptet[8]). —

Man wird, wie dies einige Schriftsteller auch bereits thaten, unterscheiden müssen zwischen Vorkaufsrechten, die der berechtigten Person als solcher zustehen, und solchen, die dem Berechtigten nur zustehen, so lange er gewisse Eigenschaften in sich vereinigt. Zu den Vorkaufsrechten der letzteren Art gehören vor allen[9]) die gesetzlichen[10]); der Anspruch stützt sich bei ihnen auf den Rechtssatz, der nicht die Erben des jeweiligen Berechtigten als solche, sondern Personen als berechtigt bezeichnet, die gewisse Eigenschaften in sich vereinigen. Hier findet also keine Rechtsnachfolge statt, vielmehr erwirbt jeder Berechtigte den Anspruch originär, aus dem Rechtssatze selbst[11]). — Eine Aenderung dieses Rechtsverhältnisses tritt aber ein, wenn der Vorkaufsanspruch zur Wirksamkeit gelangt ist; nun steht dem Berechtigten ein Contrahirungsanspruch zu, der nach den auch für andere Vorkaufsrechte geltenden Regeln zu beurtheilen ist[12]).

Für andere als gesetzliche und diesen gleich zu behandelnde Vorkaufsrechte läßt sich aber die Meinung, daß sie auf die Erben des Berechtigten nicht übergehen sollen, mit Erfolg nicht vertheidigen[13]). Sie werden von vornherein individuell bezeichneten

[8]) Seuff. Arch. Bd. 4 Nr. 47 (Dresden April 1850), Bd. 17 Nr. 244 (Dresden 17./9. 1863), Holzschuher a. a. O. Z. 1 lit. c; vgl. auch Preuß. L. R. I. 20 § 596 vbdn. mit I. 11 § 314—318 (dazu Entsch. Reichsg. 13./10. 1883 Bd. 10 S. 218 ff.), Oesterr. G. B. § 1074, Sächs. G. B. § 1127, Züricher G. B. § 1458, Schaffhaus. G. B. § 1389, Graubündtner G. B. § 408, Deutsch. Entw. § 487 Z. 1.

[9]) Hierher gehören auch Vorkaufsrechte, die zwar nicht auf Gesetz beruhen, aber ebenfalls nicht individuell, sondern nur nach Merkmalen bezeichneten Personen eingeräumt sind (oben § 4 Z. 3), vorausgesetzt, daß nicht der einmal in dieser Weise als berechtigt Bezeichnete dauernd berechtigt bleiben soll, unbekümmert darum, ob die Merkmale auch später noch auf ihn zutreffen, vgl. Windscheid Pand. Bd. 2 § 291 Anm. 4.

[10]) Für das Preußische gesetzliche Vorkaufsrecht Entsch. O. Trib. Berlin 12./10. 1877 Bd. 80 S. 302, Förster-Eccius Preuß. Privatr. Bd. 3 § 189 Anm. 29. — Abw. u. A. Stryk De success. ab intest. Diss. 6 c. 2 § 9. — Vgl. auch unten § 15 Z 1.

[11]) So auch Codex Fabr. Lib. 4 tit. 36 defin. 14 (quia ex propria persona venit, non ex jure defuncti). — Folglich sind die zur Gläubigerschaft gerufenen Personen auch nicht an die von ihrem Erblasser in Bezug auf das Vorkaufsrecht etwa vorgenommenen Handlungen, insbesondere Verzichte, gebunden, vgl. für den Retrakt Gengler a. a. O. § 88 S. 393. (Auch die Verjährung läuft Jedem, der successiv zum Retrakte Berufenen, von Neuem, vgl. Seuff. Arch. Bd. 8 Nr. 283, Jena 1853).

[12]) Vgl. auch Entsch. O. Trib. Berlin 23./4. 1877 Bd. 80 S. 82.

[13]) Hierher gehört auch der Fall, wenn ein schon gesetzlich begründetes Vor-

Personen verliehen, zu deren Vermögen sie gehören, und sie folgen deshalb auch der für andere Ansprüche geltenden Regel der Vererblichkeit, wenn nicht ausnahmsweise etwas anderes im Einzelfalle festgesetzt worden ist. Der in den Motiven zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich[14]) für die Nichtvererblichkeit angeführte Grund, daß das Vorkaufsrecht nur persönlichen Interessen des Berechtigten zu dienen bestimmt sei, ist in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend[15]). Die meisten Vorkaufsrechte werden bei der Veräußerung einer Sache vorbehalten; warum soll der Veräußernde dabei nur sein eigenes Interesse im Auge haben, nicht auch das seiner Erben (Kinder u. s. w.)? Gerade mit Rücksicht auf die Begründung des Vorkaufsrechtes wird der Verkaufspreis regelmäßig geringer bemessen; ist an diesem Ausfalle im Vermögen des Verkäufers nur der Verkäufer selbst betheiligt, nicht auch sein Erbe? Anders liegt die Sache auch nicht, wenn durch letztwillige Verfügung dem Einen die Sache, dem Anderen zur Ausgleichung, also als Vermögenswerth, ein Vorkaufsrecht eingeräumt worden, oder wenn dieses durch den Theilungsrichter angeordnet worden ist. Nirgends ist erkennbar, daß damit nur dem Berechtigten selbst ein höchstpersönliches Recht habe verliehen werden sollen[16]).

kaufsrecht noch besonders durch Rechtsgeschäft begründet wird (vgl. v. Bülow und Hagemann Prakt. Erörterungen Bd. 3 Nr. 32 S. 196), vorausgesetzt, daß dabei die Absicht der Parteien gerade auf Begründung eines von der Gesetzesvorschrift unabhängigen Vorkaufsrechtes gerichtet war (vgl. Entsch. O. Trib. Berlin 5. 3. 1860 Bd. 42 S. 1, Entsch. Reichsg. 25./4. 1881 Bd. 5 S. 223).

[14]) Zu § 486 Deutsch. Entw., Bd. 2 S. 351. Die dort vertretene Auffassung beruht sichtlich auf dem Einflusse der neueren Gesetzgebungen (s. die vorhin gegebenen Citate), die ihrerseits von den für den Retrakt geltenden Grundsätzen stark beeinflußt waren. Das Retraktrecht ist aber, ebenso wie das gesetzliche Vorkaufsrecht, an die Person des Berechtigten gebunden, Walch a. a. O. S. 120, 314 fg., Renaud in der Zeitschr. für Deutsches R. Bd. 8 S. 274, Entsch. Reichsg. 13./10. 1883 Bd. 10 S. 221, Stobbe a. a. O. § 89 zu Anm. 54, wovon nur Diejenigen eine Ausnahme machen können, welche einen durch Rechtsgeschäft, ins besondere Vertrag oder Testament, begründeten Retrakt anerkennen.

[15]) Vgl. auch v. Bülow und Hagemann a. a. O. S. 197.

[16]) Vgl. auch Entsch. Reichsg. 13./10. 1883 Bd. 10 S. 220 bezüglich des pactum de retrovendendo, für das in dieser Beziehung keine abweichenden Grundsätze bestehen dürften: „Dagegen war man (unter den gemeinrechtlichen Juristen) einverstanden, daß es, als ein vertragsmäßiges reines Vermögensrecht, der allgemeinen Regel nach, auf die Erben übergehe, wenn es nicht ganz ausdrücklich blos dem Verkäufer als ein jus personalissimum eingeräumt war. In der That liegt in der Natur des Rechtsgeschäftes als eines pactum de retrovendendo, das nichts besonderes hat, sondern ein Kauf wie jeder andere Kauf ist, nicht der geringste Grund, das dadurch begründete reine Vermögensrecht als ein unübertragbares jus personalissimum aufzufassen." — Ebenso für die Vererblichkeit des Anspruches aus dem pactum de retrovendendo: Donellus

Freilich besteht noch eine theoretische Schwierigkeit: es ist streitig, ob obligationes ad contrahendum und insbesondere Ansprüche aus pacta de contrahendo überhaupt auf Erben übergehen können. Man hat dagegen eingewandt, daß es etwas durchaus verschiedenes sei, mit dem zunächst Berechtigten einen Vertrag zu schließen, oder mit dessen Erben[17]). Allein dieselbe Verschiedenheit liegt ja auch vor, wenn der Verpflichtete stirbt und der Anspruch aus dem Vorvertrage z. B. dem pactum de emendo[18]) gegen dessen Erben geltend gemacht wird, was, wenn nichts anderes vereinbart war, unbedenklich zugelassen wird. Wer trotzdem die Verschiedenheit zwischen einem Vertrage mit dem Berechtigten und einem Vertrage mit dessen Erben geltend macht, übersieht, daß auch bei anderen Rechtsverhältnissen sich ein Wechsel in der Person des Berechtigten unangenehm geltend machen kann, ohne daß die Quellen deshalb die Vererblichkeit des Anspruches schlechthin ausschließen. Man wird daher die Vererblichkeit der Ansprüche aus Vorverträgen, also auch aus dem pactum protimiseos, anerkennen müssen[19]), vorausgesetzt nur, daß nicht im Einzelfalle die Absicht der Contrahenten erhellt, den Anspruch auf die Person des zunächst Berechtigten zu beschränken. Da eine solche Beschränkung aber nicht zu vermuthen ist, so wird — nach allgemeinen Auslegungsregeln — nicht schon die bloße Nichterwähnung der „Erben" in dem das Vorkaufsrecht begründenden Rechtsgeschäfte ihren Ausschluß[20]), oder die Erwähnung der „Kinder" den Ausschluß der weiteren Descendenten[21]) ohne Weiteres rechtfertigen können.

3. Dieselbe Meinungsverschiedenheit besteht auch hinsichtlich der Frage, ob eine Cession des Vorkaufsanspruches möglich sei. Früher für die Regel (nisi diserte restrictus sit ad certam per-

n. 13 sqq. ad L. 2 Cod. de pact. inter empt. et vend. 4. 54, Fachineus Controv. jur. Lib. 2 c. 11, Brunnemann n. 6 ad L. 2. Cod. cit. 4. 54, Stryk Usus mod. Pand. Lib. 18 tit. 1 § 50, Voet Comment. ad Pand. Lib. 18 tit. 3 § 8, Malblanc Princ. jur. Rom. P. 2 § 542, Koch a. a. O. § 247 zu Anm. 5, Seuff. Arch. Bd. 27 Nr. 131 (Berlin 9./4. 1872) u. s. w.

17) Göppert in der Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 14 S. 424; dazu Degenkolb im Arch. für civ. Praxis Bd. 71 S. 78

18) Vgl. hierzu Seuff. Arch. Bd. 45 Nr. 79 (Oldenburg 19./10. 1889).

19) Auf das Einzelne ist hier nicht einzugehen; vgl. die verschiedenen Ansichten bei Degenkolb a. a. O., Thöl Handelsr. 6. Aufl. § 246 Anm. 14, Regelsberger in Endemanns Handb. des Handelsr. Bd. 2 § 243 Z. 6, Bechmann Kauf Th. 2 Abth. 1 S. 275.

20) So viele ältere Schriftsteller.

21) So Seuff. Arch. Bd. 7 Nr. 181 (Celle 8./11. 1853) bezüglich eines den „Kindern" eingeräumten Wiederkaufsrechtes. (Vgl. aber Seuff. Arch. Bd. 9 Nr. 183 und Nachtrag dazu hinter Nr. 242).

sonam) bejaht[22]), von den neueren Partikularrechten[23]) und Schriftstellern[24]) dagegen für die Regel verneint, läßt die Frage überhaupt keine einheitliche Antwort zu. Es muß vielmehr auch hier, wie bereits von manchen Schriftstellern geschehen, aus den oben (Z. 2) angegebenen Gründen unterschieden werden zwischen Vorkaufsrechten, die dem Berechtigten nur zustehen, insolange er gewisse Eigenschaften in sich vereinigt, und anderen Vorkaufsrechten, also zwischen gesetzlichen Vorkaufsrechten und solchen, die auf Rechtsgeschäft beruhen[25]). Bei gesetzlichen Vorkaufsrechten[26]) ist, ebensowenig wie beim Retrakte[27]), eine Cession des Anspruches möglich[28]), denn das gesetzliche Vorkaufsrecht ist nicht wohler-

---

[22]) Carpzov. Jurisprud. forens. P. 2 const. 32 def. 20, Stryk De success. ab intest. Diss. 6 c. 2 § 6, Usus mod. Pand. Lib. 18 tit. 1 § 24, Boehmer Introd. in jus Dig. Lib. 18 tit. 1 § 36, Berger l. c. § 9, Moors l. c. § VI, Lauterbach Colleg. Pand. theor. pract. Lib. 18 tit. 4 § 31, Madihn l. c. pag. 39, Claproth Rechtswiss. von Verträgen und Contrakten Th. 2 S. 899 (ed. 1798), Glück Bd. 16 S. 193 fg., Brueckner l. c. pag. 14 not. c, Curtius Sächs. Civilr. Bd. 4 § 1415.

[23]) Preuß. L. R. I. 20 § 594 (Förster-Eccius Preuß. Privatr. Bd. 3 § 189 Anm. 28), Oesterr. G. B. § 1074, Sächs. G. B. § 1127, Deutsch. Entw. § 486.

[24]) Reyscher Württemb. Privatr. Bd. 2 § 428 Anm. 8, Stobbe Privatr. Bd. 3 § 177 Anm. 35, Kayser a. a. O. S. 1172 Vgl. auch die oben (Z. 2) erwähnten Entsch. in Seuff. Arch. Bd. 4 Nr. 47 (Dresden April 1850) und Bd. 17 Nr. 244 (Dresden 17./9 1863).

[25]) Gebr. Overbeck Meditationen über verschied. Rechtsmaterien Bd. 1 Nr. 15, Walch a. a. O. S. 195.

[26]) Auch hier werden den gesetzlichen Vorkaufsrechten diejenigen auf Rechtsgeschäft beruhenden Vorkaufsrechte gleich behandelt, die nicht individuell, sondern nur nach Merkmalen bestimmten Personen eingeräumt sind (§ 4 Z. 3), vorausgesetzt, daß nicht der einmal in dieser Weise Bezeichnete dauernd berechtigt bleiben soll, ohne Rücksicht darauf, ob die Merkmale auch später noch auf ihn zutreffen (Windscheid Pand. Bd. 2 § 291 Anm. 4). — Derartige Vorkaufsrechte gehören zwar zu den wohlerworbenen, der Berechtigte kann aber nicht sein Recht selbst, sondern nur die Ausübung seines Rechtes einem Anderen übertragen.

[27]) Berlich Conclus. practic. P. 2 concl. 39 n. 47 sqq., Walch a. a. O. S. 120 fg., 315, Gebr. Overbeck a. a. O., Mühlenbruch Lehre von der Zession der Forderungsrechte 1836 S. 323 ff., Gengler a. a. O. § 88 S. 393, Renaud in der Zeitschr. für Deutsches R. Bd. 8 S. 273 fg., Stobbe a. a. O. § 89 Anm. 39, Beseler a. a. O. § 94 Anm. 2, Entsch. Reichsg. 13./10. 1883 S. 221. — Der Retrakt durfte zum Vortheil eines Dritten sogar vom Berechtigten selbst nicht ausgeübt werden, Leyser Med. ad Pand. P. 3 spec. 193 med. 6 sqq., Glück Bd. 16 S. 195 fg., Renaud a. a. O. S. 274, Stobbe a. a. O. Anm. 40; das Preuß. L. R. I. 20 § 595 hat diese Bestimmung beibehalten, jedoch an Stelle eines Reinigungseides die Eideszuschiebung gesetzt. Eine derartige Vorschrift kommt gemeinrechtlich aber selbst für gesetzliche Vorkaufsrechte nicht in Betracht, v. Bülow und Hagemann Prakt. Erörterungen Bd. 3 Nr. 32 S. 196.

[28]) Boehmer Introd. in jus Dig. Lib. 18 tit. 1 § 36, Brueckner l. c. pag. 14 not. m.

worbenes Recht, sondern eröffnet nur die Möglichkeit unter bestimmten Voraussetzungen, ein solches zu erwerben[29]). Was die Parteien hier Cession nennen, kann ein Verzicht auf den künftigen Erwerb des jus ad contrahendum zu Gunsten einer anderen Person sein[30]); ob dieser Person das Vorkaufsrecht dann auch wirklich zusteht, hängt davon ab, ob sie die vom Gesetze erforderten Eigenschaften in sich vereinigt[31]). Aber sie erwirbt es nicht ex jure cesso, sondern auf Grund originären Titels, ex jure proprio, kraft des Gesetzes[32]). Von einer Cession des gesetzlichen Vorkaufsrechtes des Eigenthümers des emphyteutischen Grundstückes oder des gesetzlichen Vorkaufsrechtes der Gläubiger und Verwandten kann deshalb selbst dann nicht die Rede sein, wenn der Eigenthümer das emphyteutische Grundstück[33]), oder der Gläubiger seine Forderung einem Anderen „mit allen Rechten" überträgt; übertragen wird hier nur das Grundstück bezw. die Forderung, den Erwerbern aber steht das Vorkaufsrecht dann auch ohne Cession zu.

Hat sich aber aus dem gesetzlichen Vorkaufsrechte ein *konkreter* Contrahirungsanspruch herausgebildet, m. a. W. ist der Vorkaufsanspruch zur Wirksamkeit gelangt, so steht er dem eben Berechtigten zu; an Stelle der Möglichkeit, auf Grund des Rechtssatzes einen Anspruch gegen den Verkäufer zu erwerben, ist ein wohlerworbenes und darum regelmäßig übertragbares Recht getreten, das nach den auch für andere Vorkaufsrechte geltenden Regeln zu beurtheilen ist[34]). —

Für die *sonstigen* Arten des Vorkaufsrechtes[35]) dagegen ist die Uebertragbarkeit[36]) des Anspruches ebenso anzuerkennen[37]),

[29]) S. unten § 15 Z. 1.

[30]) Stryk De success. ab intest. Diss. 6 c. 2 § 26, Buchka und Budde Entsch. des O. A. G. Rostock Bd. 5 S. 122.

[31]) Vgl. auch für den Retrakt Walch a. a. O. S. 120, Renaud a. a. O. S. 273 fg.

[32]) Folglich stehen dem jetzt Berechtigten Einreden aus der Person des früher Berechtigten nicht entgegen.

[33]) Madihn l. c. pag. 39. — Unrichtig Stryk De success. ab intest. Diss. 6 c. 2 § 9 und Diss. de juribus et actionibus non cessibilibus 1718 c. 5 § 11.

[34]) S. oben Z. 2.

[35]) Dahin gehören auch gesetzliche Vorkaufsrechte, die durch Rechtsgeschäft wiederholt festgesetzt worden sind, um sie von der Gesetzesvorschrift unabhängig zu machen (s. oben Anm. 13).

[36]) Also auch die Zulässigkeit einer Beschlagnahme und folglich auch die Zulässigkeit, das Vorkaufsrecht zur Konkursmasse zu ziehen und durch den Konkursverwalter ausüben zu lassen.

[37]) Vgl. Schmid Grundlehren der Cession Th. 2 (1866) S. 101, 288, 291 fg. Je nach den Umständen übertragbar: Entsch. Reichsg. 1./10. 1889 (Bolze Praxis des R. G. Bd. 8 Nr. 102).

wie die Vererblichkeit, also auch hier unter dem Vorbehalte, daß nicht im Einzelfalle die Uebertragbarkeit ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen war, wofür jedoch ebenfalls nicht die Vermuthung spricht[38]).

Zuzugeben ist, daß Cessibilität und Vererblichkeit sich nicht überall decken und daß daher von der einen kein sicherer Schluß auf die andere gegeben ist[39]). Allein die oben (S. 2) angeführten Gründe für die Vererblichkeit treffen in demselben Maße auch für die Cessibilität zu, so daß kein Grund ersichtlich ist, letztere allgemein auszuschließen.

Gleichwohl kann die Regel nicht als ausnahmslos anerkannt werden. Wir müssen dabei über den Gegenstand unserer Abhandlung hinausgreifen und der Frage näher treten, *ob Ansprüche aus Vorverträgen überhaupt als übertragbar anzusehen sind*, selbst wenn man ihre Vererblichkeit zugiebt[40]).

Im Prinzipe wird sich diese Frage nicht verneinen lassen. Was für die Zulässigkeit der Vererblichkeit angeführt worden ist, gilt auch hier. Die Ansprüche sind vermögensrechtlicher Natur

[38]) Wenn auch ausnahmsweise die Cession des Vorkaufsanspruches ausgeschlossen ist, so ist dadurch nicht die Cession des Anspruches aus dem zwischen dem Verpflichteten und dem Berechtigten abgeschlossenen sog. *Hauptvertrage* verboten, vgl. Seuff. Arch. Bd. 27 Nr. 244, Regelsberger in Endemanns Handb. des Handelsr. Bd. 2 § 243 Anm. 17, und ebensowenig die Cession des Anspruches auf *Schadensersatz*, vgl. unten Anm. 40.

[39]) Puchta in Weiskes Rechtslex. Bd. 2 S. 644 Anm. 19, Vangerow Pand. Bd. 3 § 574 Anm. 2 (6. Aufl. S. 108), Unger Oesterr. Privatr. Bd. 1 § 64 Anm. 9 (S. 570), Entsch. Reichsg. Bd. 10 S. 220.

[40]) *Allgemein verneint* von Göppert in der Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 14 S. 424 und von Bechmann Kauf Th. 2 Abth. 1 S. 275 (sofern es sich um den Contrahirungsanspruch handle, nicht aber wenn sich dieser bereits in einen Entschädigungsanspruch verwandelt habe). — Die Cessibilität des Anspruches aus dem *pactum de retrovendendo* bejahen u. A.: Fachineus Controv. jur. Lib. 2 c. 11, Stryk Usus mod. Pand. Lib. 18 tit. 1 § 50, Malblanc Princ. jur. Rom. P. 2 § 542, Schweppe Röm. Privatr. Bd. 3 § 535, Wening Ingenheim Civilr. Bd. 3 § 273, Seuff. Arch. Bd. 27 Nr. 131 (Berlin 1872), dagegen verneinen sie Seuff. Arch. Bd. 7 Nr. 181 (Celle 1853), Stobbe Privatr. Bd. 3 § 177 Anm. 36. — Die Cessibilität des Anspruches aus dem *pactum de mutuo dando* verneinen: Seuff. Arch. Bd. 19 Nr. 35 (Oldenburg 1861), Bd. 25 Nr. 19 (Celle 1870), Bd. 26 Nr. 212 (Lübeck 1866), Wochenbl. für merkwürd. Rechtsf. 1869 S. 425 (Dresden 1868), Regelsberger in Endemanns Handb. des Handelsr. Bd. 2 § 243 Anm. 17, sofern man nicht im p. de mutuo dando ein Konsensualdarlehn erblicke. Kohler im Arch. für bürgerl. R. Bd. 2 S. 211 ff. nimmt ein solches an und gesteht die Cessibilität zu (S. 236 a. a. O.) Vgl. auch Eisele in der Zeitschr. für Schweiz. R. Bd. 25 S. 39. — Je nach den Umständen soll der Anspruch aus dem *pactum de emendo* u. s. w. übertragbar sein: Seuff. Arch. Bd. 45 Nr. 79 (Oldenburg 1889), ebenso der *Vorkaufsanspruch* nach Entsch. Reichsg. 1./10. 1889 (Bolze Praxis des R. G. Bd. 8 Nr. 102).

und erfüllen ihren Zweck häufig nur dann voll, wenn sie übertragbar, also auch eines sofortigen Umsatzes in Geld fähig sind. Nur unter besonderen Umständen wird man annehmen können, daß sie so an die Person des Berechtigten geknüpft seien, daß die Aenderung des einen Faktors nothwendig ein anderes Resultat herbeiführe. Wie es fungible Sachen giebt, bei denen es nicht auf die Individualität ankommt, sondern auf die Gattung, so giebt es Rechtsgeschäfte, bei denen für die Verkehrsauffassung die Subjekte hinter die Leistung zurücktreten, bei denen die Subjekte sich ändern können, ohne daß die Leistung einen anderen Charakter dadurch gewinnt. Allein auch hier, wie bei vertretbaren Sachen, kann nur von einer Durchschnittsregel geredet werden, besondere Umstände können bewirken, daß die Individualität des Berechtigten auch bei solchen Rechtsgeschäften ins Gewicht fällt, bei denen sie sonst nur von untergeordneter Bedeutung ist. Vor allem gehören hierher Creditgeschäfte; wer sich zur Eingehung eines Creditgeschäftes mit dem A verpflichtet hat, kann nicht ohne weiteres genöthigt werden, dieses Geschäft nun auch mit dem Cessionar B abzuschließen, wenn zu befürchten ist, daß er Nachtheil erleiden werde. Zwar hätte der Verpflichtete sich die Nichtübertragbarkeit des Anspruches ausdrücklich ausbedingen können, allein es lag vielleicht ihm, wie dem Berechtigten selbst, zur Zeit der Eingehung des Vorvertrages fern, an die Möglichkeit einer Cession auch nur zu denken. Kann man also den Verpflichteten nicht unter den Folgen unverschuldeter Unterlassung leiden lassen und kann auch die Nichtcessibilität derartiger Ansprüche nicht behauptet werden, so bedarf es eines Auskunftsmittels, um die sich gegenüberstehenden Interessen des Verpflichteten und des Cessionars mit einander zu vereinigen. Man hat dem Cessionar Sicherheitsleistung zumuthen wollen, bevor er beanspruchen könne, daß mit ihm contrahirt werde[41]). Allein dann müßte der Cessionar mehr leisten, als sein Cedent zu leisten gehabt hätte: Letzterer hätte nur mit seinem Vermögen haften müssen, der Cessionar mit seinem Vermögen und mit einer hinreichenden Caution (Pfänder, Bürgen u. s. w.). Der Verpflichtete kann auch nicht verlangen, in Folge der Cession besser, d. h. sicherer, gestellt zu werden, als wenn er es noch mit dem Cedenten zu thun hätte; er kann eben nur verlangen, daß ihm nicht ein schlechterer Schuldner als der Cedent aufoktroyirt werde. Diesem Anspruche wird aber vollkommen genügt, wenn der Cedent seine Haftbarkeit mit in die Wagschale legt, um das gestörte Gleich-

41) Vgl. Kohler im Arch. für bürgerl. R. Bd. 2 S. 236 ff.

gewicht wieder herzustellen. Der Verpflichtete kann also nur verlangen, daß der Cedent oder dessen Erbe sich als *selbstschuldnerischer Bürge haftbar mache* für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Cessionars; weigert sich dessen der Cessionar oder kann er aus anderem Grunde dem Verlangen nicht nachkommen, so steht dem Verpflichteten exceptio doli zu[42]).

Auf das *Vorkaufsrecht* angewandt, ergiebt sich folgendes:

Regelmäßig ist der Verpflichtete in der Lage bei Vereinbarung der Vertragsbedingungen mit einem Dritten geeignete Rücksicht auf die Eigenschaften seines neuen Gläubigers, des Cessionars, zu nehmen, insbesondere dadurch, daß er Creditgeschäfte vermeidet, sich also vom Dritten Baarzahlung ausbedingt. Hat aber der Verpflichtete in entschuldbarer Unkenntniß von der Cession, also nur auf die Eigenschaften seines seitherigen Gläubigers Rücksicht nehmend, mit einem Dritten einen Vertrag geschlossen und dabei die Gegenleistung ganz oder theilweise kreditirt, so kann er, der Verpflichtete, verlangen, daß der Cessionar die selbstschuldnerische Bürgschaft des Cedenten beibringe, wenn eine wesentliche Verringerung der Sicherheit des Anspruches durch die Cession herbeigeführt worden ist. Der Cessionar kann aber auch durch Sicherheitsleistung hinsichtlich der ihm zu kreditirenden Gegenleistung den Vorkaufsverpflichteten zum Vertragsschlusse nöthigen.

Verschieden davon ist der Fall, wenn der Vorkaufsberechtigte einen Anderen als Empfangsberechtigten (procurator in rem suam) bezeichnet[43]). Geschieht dies bei oder nach dem Vertragsschlusse mit dem Vorkaufsverpflichteten, so bietet das Rechtsverhältniß keine Schwierigkeit. Aber auch vorher kann bereits eine solche Bezeichnung stattfinden, die an dem Gläubiger- und Schuldnerverhältnisse nichts ändert: der Vorkaufsberechtigte bleibt Gläubiger und wird durch Vertragsschluß Schuldner des Vorkaufsverpflichteten (Verkäufers u. s. w.). Die Bezeichnung des Anderen wirkt nach innen als Mandat, nach außen als Vollmacht; die Vollmacht

---

[42]) Der Cedent kann überall, wo durch das der Cession zu Grund liegende Rechtsgeschäft seine Haftung für Einbringlichkeit (bonitas nominis) begründet ist, von dem Cessionar zur Erfüllung obigen Verlangens oder zum Schadensersatze angehalten werden. — Es versteht sich übrigens von selbst, daß der Cessionar an Stelle der selbstschuldnerischen Bürgschaft des Cedenten (oder dessen Erben) auch *volle* Sicherheitsleistung für die zu kreditirende Leistung bieten darf; die Einrede des aus dem Vorvertrage Verpflichteten wird dann durch replica doli zurückgewiesen.

[43]) Vgl. Seuff. Arch. Bd. 17 Nr. 244 (Dresden 17./9. 1863), Regelsberger in Endemanns Handb. des Handelsr. Bd. 2 § 243 Anm. 17. — Kohler a. a. O. S. 236 hält die Construktion dieses Rechtsverhältnisses bei Vorverträgen für schwierig. Vgl auch Seuff. Arch. Bd. 19 Nr. 35 (pactum de mutuo dando).

aber bezieht sich nicht nur auf die Geltendmachung der aus dem Vertragsschlusse sich ergebenden Ansprüche auf solvere, sondern auf den Vertragsschluß selbst, das contrahere; der Empfangsberechtigte wird ermächtigt für den Vorkaufsberechtigten, als dessen procurator, die obligierende Erklärung des Verpflichteten anzunehmen, was eben nur gegen Hingabe der obligierenden Erklärung des Vorkaufsberechtigten (seines Mandanten) geschehen kann.

4. Wir wenden uns schließlich zu dem durch eine Mehrheit der Subjekte gegebenen Rechtsverhältnisse, wie sie von Anfang an oder nachträglich, z. B. durch Erbgang, und zwar sowohl auf der Seite des Berechtigten, wie auf der des Verpflichteten entstanden sein kann.

Der Vorkaufsanspruch geht auf facere, d. h. auf Mitwirkung zum Vertragsschlusse[44]), allein sein Endzweck beruht in dem durch den Vertragsschluß vermittelten Rechtserfolge. Je nachdem der aus dem Vertragsschlusse entspringende Anspruch im Rechtssinne theilbar oder untheilbar ist, ist auch der Vorkaufsanspruch, bezw. die ihm entsprechende Verpflichtung, theilbar oder untheilbar[45]).

Bei theilbarem Vorkaufsanspruche kann von jedem Berechtigten und gegen jeden Verpflichteten der Vorkaufsanspruch zum entsprechenden Theile geltend gemacht werden[46]).

Liegt Untheilbarkeit vor, also ein solidarisches Recht oder eine solche Verbindlichkeit, so kann der Anspruch nicht zu einem Theile, sondern nur im Ganzen geltend gemacht und die Verbindlichkeit nicht zu einem Theile, sondern nur im Ganzen erfüllt werden. Jedem Vorkaufsberechtigten steht hier der ganze Vorkaufsanspruch zu; auch wenn die übrigen Berechtigten den Anspruch nicht geltend machen wollen, vermag er ihn zu er-

---

[44]) Darin liegt auch die den Vertragsschluß vorbereitende Verpflichtung zum Vertragsanbieten (Benachrichtigung).

[45]) Ubbelohde Lehre von den untheilbaren Obligationen (1862) § 10 S. 61 fg., § 32 S. 212, (§ 4 S. 21 fg.), Brinz Pandekten 2. Aufl. Bd. 2 § 229. — Abw. v. Savigny Obligationenrecht Bd. 1 (1851) § 32 S. 335 lit. B, der obligationes faciendi, wenn das facere nicht in einer Arbeit, sondern in der Vornahme eines Rechtsgeschäftes besteht, stets für theilbar hielt. — Umgekehrt hielten den Vorkaufsanspruch stets für untheilbar Berger l. c. § 10, O. A. G. Darmstadt 22./4. 1856 (Arch. für prakt. Rechtswiss. Bd. 5 S. 428 fg.), Holzschuher a. a. O. Anm. * zu § 295 (S. 838 der 3. Aufl.), auch Motive zu § 482 Deutsch. Entw. Bd. 2 S. 348, letztere von der für das Vorkaufsrecht nicht zutreffenden Auffassung ausgehend, daß ein „Eintritt" in den mit dem Dritten geschlossenen Vertrag stattfinde, der nur im Ganzen, nicht theilweise, vorgenommen werden könne.

[46]) Die Preisbestimmung erfolgt auf Grundlage des mit dem Dritten vereinbarten Preises pro rata (vgl auch oben § 7 Z. 5).

heben[47]). Die Auseinandersetzung mit den anderen Berechtigten berührt den Verpflichteten nicht; sie ist interne Angelegenheit der Berechtigten und nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen[48]). Ebenso verhält es sich mit der Verbindlichkeit eines der mehreren Verpflichteten.

Aber auch da, wo der Anspruch an sich theilbar ist, können die Bedingungen des mit dem Dritten geschlossenen Vertrages so beschaffen sein, daß sie von Einem der Berechtigten zu seinem *Antheile nicht* mit der Wirkung erfüllt werden können, daß der durch den Vertragsschluß bezweckte Rechtserfolg dadurch herbeigeführt werde. Hierher gehört insbesondere der Fall, daß mit dem Dritten vereinbart war, er solle die Sache, auf die sich das Vorkaufsrecht bezieht, erst nach Zahlung des — selbstverständlich ganzen — Preises erhalten[49]); der Vorkaufsverpflichtete braucht nur unter derselben Bestimmung den Vertrag mit den Berechtigten zu schließen, so daß jeder Einzelne Zahlung des ganzen Preises versprechen muß, wogegen er auch die ganze Sache beanspruchen kann, letzteres freilich nur, wenn er dem Verpflichteten Sicherheit gegen die Ansprüche der anderen Berechtigten zu stellen bereit ist[50]).

Eine nicht theilbare Forderung bezw. Verbindlichkeit kann *hinterher in eine theilbare übergehen*, und umgekehrt. Ersterer Fall tritt insbesondere dann ein, wenn der Contrahierungsanspruch in einen Interessenanspruch übergeht (s. unten § 14),

[47]) So allgemein, nicht nur für den Fall der Untheilbarkeit, Sächs. G. B. § 1128: „Steht das Vorkaufsrecht Mehreren zu und ist Einer von ihnen gestorben, oder will er das Vorkaufsrecht nicht ausüben, so sind die Uebrigen zur Ausübung des Vorkaufsrechtes befugt." — Der *Retrakt* ist stets untheilbar, weil der Eintritt in den Kaufvertrag nicht zum Theil erfolgen kann, Harpprecht Resp. Tubing. Vol. 1 resp. 4 n. 153, Mueller ad Struv. Synt. jur. Exerc. 23 th. 47 not. VI, Stryk De success. ab intest. Diss. 6 c. 3 § 30 sq., Seuff. Arch. Bd. 12 Nr. 55 (Celle 15./9. 1843). Dasselbe nahmen ältere Schriftsteller aber auch für das *pactum de retrovendendo* an, vgl. Cod. Fabr. Lib. 4 tit. 11 def. 2, Stryk Usus mod. Pand. Lib. 18 tit. 1 § 50 u. A. Vgl. indessen auch Alciat. Comment. in Pand. 1582 Tom. 2 pag. 626 sq.

[48]) Ubbelohde a. a. O. S. 258 ff., Windscheid Pand. Bd. 2 § 299 Anm. 3.

[49]) Vgl. L. 78 § 2 Dig. de contrah. empt. 18. 1, Ubbelohde a. a. O. § 35 S. 258 Anm. 5 fg.

[50]) Nach allgemeinen Grundsätzen, vgl. Windscheid Pand. Bd. 2 § 299 Anm. 5. — Für das *Rückkaufsrecht* viel erörtert, vgl. Fachineus Controv. jur. Lib. 2 c. 2, Carpzov. Jurisprud. forens. P. 2 const. 1 def. 11, Stryk Usus mod. Pand. Lib. 18 tit. 1 § 51 u. A.; für das *Vorkaufsrecht* Berger l. c. § 10. — *Abw.* für das *Rückkaufsrecht* u. A. Strippelmann Samml. bemerkenswerther Entsch. des O. A. G. Cassel Bd. 6 S. 268 fg., auch Preuß. L. R. I. 11 § 320, Code civil art. 1668, Sächs. G. B. § 1135, Motive zu § 476 Deutsch. Entw. Bd. 2 S. 341. —

denn die Geldschuld ist theilbar[51]). — Der andere Fall (Uebergang der Haftung pro parte in solche in solidum) wird eintreten, wenn einer von mehreren Vorkaufsverpflichteten die Sache, auf die sich das Vorkaufsrecht bezieht, allein besitzt[52]). War der Vorkaufsanspruch zur Zeit des Besitzerwerbes noch nicht (durch Abschluß des Vertrages mit einem Dritten) wirksam geworden, so besteht die Verpflichtung des Besitzers in solidum allein weiter; schließt der Besitzer demnächst mit einem Dritten den Vertrag, so haftet er allein dem Vorkaufsanspruche[53]). War aber der Vorkaufsanspruch zur Zeit des Besitzerwerbes bereits wirksam geworden, so besteht, neben der Verpflichtung der sämmtlichen Erben, auch da, wo der Vorkaufsanspruch theilbar ist, die Verpflichtung des Besitzers in solidum, so lange es sich um Naturalerfüllung handelt.

§ 13.

Der Vertrag mit dem Berechtigten.

I. Der Vertrag mit dem Berechtigten kommt durch die ausdrücklich oder stillschweigend erklärte Willenseinigung der Betheiligten zu Stand. Schreibt das Recht eine bestimmte Form für den Vertragsschluß[1]) vor, so hat der Vorkaufsverpflichtete auch dazu mitzuwirken[2]). Weigert er sich dessen, so hat er seine Verbindlichkeit nicht voll erfüllt und haftet dem Klageanspruche (§ 14). Unterläßt es aber der Berechtigte, den Vertrag in der vorgeschriebenen Form abzuschließen, so treffen ihn die darauf gesetzten Nachtheile: Nichtigkeit, mangelnde Klagbarkeit, mangelnde Beweisbarkeit[3]). Der Berechtigte kann aber Nachholung der

[51]) Vgl. Windscheid a. a. O. § 299 Anm. 6, Dernburg Preuß. Privatr. Bd. 2 § 25 zu Anm. 15, Pand. Bd. 2 § 24 zu Anm. 5 u. 6.

[52]) Arg. L. 3 § 3 Dig. commodati 13. 6.

[53]) In seiner Person verwirklicht sich erst der Vorkaufsanspruch durch Vertragsschluß mit dem Dritten, er hat nach dem Vertragsschlusse mit dem Dritten zum Vertragsschlusse mit dem Vorkaufsberechtigten mitzuwirken.

[1]) Ueber die Frage, ob bereits der das Vorkaufsrecht begründende Vertrag einer Form bedarf, s. oben § 4 Z. 3.

[2]) Der Entstehungsgrund des Vorkaufsrechtes ist hier bedeutungslos; auch gesetzliche Vorkaufsrechte machen mithin keine Ausnahme.

[3]) Vgl. Stobbe Privatr. Bd. 3 § 173, Windscheid Pand. Bd. 1 § 72, ferner Preuß. L. R. I. 5 § 131, 135—141, Code civil art. 1341, Bad. L. R. S. 1341, aber auch H. G. B. Art. 317, E. G. zur C. P. O. § 14 Z. 2. Gemeinrechtlich kommt für das Vorkaufsrecht i. c. S. nur die Vorschrift in Betracht, daß der Verkauf kirchlicher Emphyteusen schriftlicher Form bedarf, Nov. 120 c. 6 § 2.

Form verlangen, wenn er Offerent war; war dagegen der Verpflichtete Offerent (durch Benachrichtigung, § 10 H. 3), so kann, wenn die Folge der Formlosigkeit Nichtigkeit des Geschäftes ist, die an die Annahmefrist gebundene Annahme-Erklärung nur dann rechtswirksam sein, wenn sie auch in der vorgeschriebenen Form erfolgte. Dazu ist regelmäßig eine Mitwirkung des anderen Theiles (hier des Verpflichteten) erforderlich; es muß daher der Vorkaufsberechtigte innerhalb der Annahmefrist den Verpflichteten nicht nur zur Mitwirkung beim Vertragsschlusse auffordern, sondern auch den Vertrag in der vorgeschriebenen Form zu Stande bringen. Da dies Alles nicht in continenti erfolgen kann, so ist ihm — wo das richterliche Ermessen die Dauer der Annahmefrist zu bestimmen hat — eine längere Frist zu gewähren, als sie bei formlosem Vertragsschlusse erforderlich wäre[4]). Ist dagegen als Folge der Nichtbeachtung der Form die Nichtklagbarkeit oder Nichtbeweisbarkeit des Geschäftes festgesetzt, so ist die Acceptations-Erklärung an sich gültig und eine Klage auf Nachholung der Form zu jeder Zeit statthaft.

Die bei Begründung des Vorkaufsrechtes etwa gewahrte Form, ersetzt, wenn das Partikularrecht nicht das Gegentheil bestimmt, nicht die beim Vertragsschlusse selbst zu wahrende Form; jene bewirkt nöthigenfalls die Gültigkeit u. s. w. des Vorvertrages, diese die Gültigkeit des Hauptvertrages. Bezweckt die Formschrift aber, die Parteien vor Uebereilung zu bewahren, so wird, wenn die Form bei Eingehung des Vorvertrages gewahrt worden ist, eine Klage auf Nachholung der für den Hauptvertrag vorgeschriebenen Form selbst dann zulässig sein, wenn das Partikularrecht sonst eine solche ausschließt. —

Auf vereinbarte oder durch letztwillige Verfügung angeordnete Formen findet das Gesagte entsprechende Anwendung.

2. Ist der Verpflichtete durch einen Vormund vertreten, so bedarf gemeinrechtlich der Vertrag, wenn er eine Veräußerung enthält[5]), zu seiner Gültigkeit in der Regel obervormundschaftlicher Genehmigung. Es besteht nun ein sehr alter Streit, ob auch dann obervormundschaftliche Genehmigung erforderlich sei, wenn bereits eine Verpflichtung zum Vertragsschlusse (obligatio ad contrahendum) bestehe, insbesondere wenn der

4) Weigert sich der Verpflichtete in der vorgeschriebenen Form mitzuwirken, so daß er verklagt werden muß, so erstreckt sich die Annahmefrist bis zur Rechtskraft des den Verpflichteten verurtheilenden Urtheils (§ 779 C. P. O.).

5) Vgl. Windscheid Pand. Bd. 2 § 441. Partikularrechtlich wird auch bei anderen Verträgen z. B. Miethe und Pachtverträgen manchmal obervormundschaftliche Genehmigung erfordert, Stobbe Privatr. Bd. 4 § 272 Anm. 16 ff.

Bevormundete die Sache, die er oder sein Erblasser unter dem pactum de retrovendendo erworben, zurückzuverkaufen genöthigt werde[6]).

Könnte man das Vorkaufsrecht, von dem hier allein zu handeln ist, als bedingten Vertrag auffassen, so würde die Frage keine Schwierigkeit bieten. Bei Annahme einer obligatio ad contrahendum wird jedoch zu unterscheiden sein:

Soweit eine gesetzliche Verpflichtung besteht, also bei gesetzlichen Vorkaufsrechten, ist Genehmigung der Obervormundschaft nicht erforderlich, denn die vom Gesetze begründete Verpflichtung zum Vertragsschlusse kann nicht vom Richter verneint werden[7]). Wird aber das Vorhandensein einer gesetzlichen Verpflichtung zum Vertragsschlusse verneint, so handelt es sich nicht um die Frage, ob der auf Grund gesetzlicher Verpflichtung abgeschlossene Vertrag ohne obervormundschaftliche Genehmigung gültig sei, sondern darum, ob ein ohne gesetzliche Verpflichtung abgeschlossener Vertrag der obervormundschaftlichen Genehmigung bedurft hätte.

Soweit eine solche Verpflichtung durch letztwillige Verfügung begründet ist, also bei testamentarisch u. s. w. begründeten Vorkaufsrechten, erkennen die Quellen selbst an, daß die Veräußerung, welche auf Grund einer letztwilligen Auflage des Vaters[8]), oder auch eines Dritten[9]), erfolgt, obervormundschaftlicher Genehmigung selbst dann nicht bedarf, wenn das Testament hinterher irritum geworden ist[10]), wie denn auch der bevormundete Erbe Veräußerungen, zu deren Vornahme sich bereits sein Erblasser verpflichtet[11]) oder deren Vornahme er sich vorbehalten

---

[6]) Ebenso wenn von dem Rechtsakte dem Bevormundeten, als Besitzer der Sache, gegenüber Gebrauch gemacht werde. – Ueber die verschiedenen Ansichten älte er Schriftsteller vgl. Tiraquellus De retractu conventionali ad fin. tit. n. 10 sqq., Fachineus Controv. jur. Lib. 2 c. 3, Sande De prohibita rerum alienatione P. 1 c. 1 § 3 n. 18 sq., Voet Comment. ad Pand. Lib. 27 tit. 9 § 13, Berger l. c. § 11, Glück Bd. 33 S. 20 fg.

[7]) Vgl. in Bezug auf die gesetzliche Verpflichtung zur Zahlung öffentlicher Gefälle und Abgaben L. 32 § 6 Dig. de admin. et peric. tut. 26. 7.

[8]) L. 1 § 2 Dig. de reb. eor. qui sub tut. 27. 9 (Ulpian.) „Praeterea, patres conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne praedia rustica vel suburbana distrahant, nisi ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint etc." (Oratio Severi). Vgl. auch L. 1 Cod. quando decreto opus non est. 5. 72

[9]) L. 3 Cod. quando decreto opus non est 5. 72: . . . nisi parentis voluntas seu testatoris, ex cujus bonis ad minorem pervenit . . . —

[10]) L. 11 Dig. de reb. eor. qui sub tut. 27. 9 (Paulus).

[11]) L. 5 § 6 Dig. eod. 27. 9 (Ulpian). Sed si pater stipulanti fundum sponderit, successeritque pupillus in stipulatum, fortius dicetur sine praetoris auctoritate posse eum reddere. Idemque et si jure hereditario alii successerit, qui erat obligatus. L. 5 § 7 eod.

hatte[12]), ohne Einholung obervormundschaftlichen Dekrets vornehmen kann. Eine Ausnahme findet statt, wenn die Sache, auf die sich das Vorkaufsrecht in Folge letztwilliger Verfügung bezieht, nicht dem Erblasser gehörte, sondern dem Bedachten[13]) oder einem Dritten (s. oben § 4 Z. 1).

Was endlich die durch Vertrag begründeten Vorkaufsrechte betrifft, so erklären die Quellen ein obervormundschaftliches Dekret für erforderlich, wenn um irgend einer Schuld willen eine Sache verkauft[14]) oder an Zahlungsstatt gegeben werden[15]), oder wenn überhaupt die Erfüllung eines Versprechens stattfinden soll[16]). Hiernach bedarf der in Folge vertragsmäßigen Vorkaufsrechtes stattfindende Vertragsschluß mit einem Bevormundeten stets obervormundschaftlicher Genehmigung, mag die Sache auch vorher dem Bevormundeten gegen Einräumung eines Vorkaufsrechtes von dem Vorkaufsberechtigten oder von einem Dritten zugewandt worden sein[17]). Nur dann gilt auch hier eine Ausnahme, wenn das Vorkaufsrecht bereits gegen den Erblasser des nun zum Vertragsschlusse Verpflichteten begründet war[18]). —

Die dem Vertrage mit dem Dritten (ersten Käufer u. s. w.) etwa ertheilte obervormundschaftliche Genehmigung[19]) gilt nur

[12]) L. 1 Cod. quando decr. opus non est 5. 72 (pactum de restituendo).

[13]) L. 5 § 4 Dig. de reb. eor. qui sub tut. 27. 9 (Ulpian): Si fundus [scil. per damnationem, Rudorff Recht der Vormundschaft 1833 Bd. 2 S. 403 Anm. 34] legatus vel per fideicommissum fuerit relictus Seio a pupillo herede instituto, an tutores restituere hunc fundum possint sine auctoritate praetoris? Et putem si quidem rem suam legavit, cessare orationem, sin vero de re pupilli, dicendum erit locum esse orationi nec inconsulto praetore posse alienare. — L. 3 Cod. 5. 72 cit. —

[14]) L. 1 § 2 Dig. eod. 27. 9 (Oratio Severi) „. . . . Quod si aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, tunc praetor urbanus vir clarissimus adeatur, qui pro sua religione aestimet, quae possunt alienari obligarive debeant . . . .“ —

[15]) L. 15 Cod. de praediis vel aliis rebus 5. 71: Si minor viginti quinque annis praedium rusticum, cum aliud deberes, sine decreto in solutum dedisti, dominium a te discedere non permisit senatus consulti auctoritas.

[16]) L. 5 Dig. eod 27. 9: Si pupillus stipulanti spoponderit, an solvere possit sine praetoris auctoritate? Et magis est, ne possit, alioquin inventa erit alienandi ratio.

[17]) S. oben § 4 Z. 3. — Ueber abweichende Ansichten bezüglich des Vorkaufsrechtes vgl. Berger l. c. § 11, bezüglich des pactum de retrovendendo Glück Bd. 33 S. 20, Bachofen Ausgewählte Lehren des Röm. Civilrechts 1848 S. 126 Anm. 31, u. A. —

[18]) L. 5 § 6 sq. Dig. eod. 27. 9, L. 1 Cod. eod. 5. 72; Sintenis a. a. O. Bd. 2 § 149 Anm. 83, Rudorff Recht der Vormundschaft Bd. 2 S. 403 Anm. 36 fg., Bachofen a. a. O. S. 155.

[19]) auf deren Vornahme der Vorkaufsberechtigte bestehen kann, bevor er sein Recht ausübt, s. oben § 8 Z. 1.

für diesen Vertrag und vermag daher die Einholung einer solchen Genehmigung für den Vertrag mit dem Vorkaufsberechtigten nicht überflüssig zu machen, zumal aus persönlichen Gründen, z. B. wegen Creditunwürdigkeit, und wegen der unter Umständen erforderlichen Modifikationen der Gegenleistung[20]) der neue Vertrag sich auch vom wirthschaftlichen Standpunkte aus vom Vertrage mit dem Dritten unterscheiden kann. —

Die Versagung obervormundschaftlichen Konsenses, wo solcher erforderlich ist, macht den zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Vorkaufsberechtigten abgeschlossenen Vertrag hinfällig, nichtig. Doch steht dem Vorkaufsberechtigten, ebenso wie unbestritten dem Vormunde, Beschwerderecht zu, dessen Grundlage die obligatio ad contrahendum bildet.[21])

Wird der obervormundschaftliche Konsens nicht nur zum Vertragsschlusse mit dem Vorkaufsberechtigten, sondern auch zum Vertragsschlusse mit dem Dritten (ersten Käufer u. s. w.) versagt, so bleibt das Vorkaufsrecht weiter bestehen, weil nun feststeht, daß ein Vertrag, also die Voraussetzung zur Wirksamkeit des Vorkaufsanspruches, rechtlich nicht zur Existenz gelangt ist[22]). Wird zwar der erste Vertrag, nicht aber der zweite, mit dem Vorkaufsberechtigten, abgeschlossene, Vertrag obervormundschaftlich genehmigt, so kann das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werden, weil seine Erfüllung ohne Schuld des Verpflichteten unmöglich geworden ist.

3. Der Vertragsschluß erfüllt die obligatio ad contrahendum und begründet nun selbst Rechte und Pflichten, ebenso wie jeder Vertrag[23]). Seine materielle Gültigkeit ist daher nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen; insbesondere unterliegt er der ge-

[20]) S. oben § 7 Z. 3 und 5 (§ 10 Z. 2, § 11 Z. 1).

[21]) Allgemein wird nur dem Vormunde die Befugniß zur Beschwerdeführung zugesprochen vom O. A. G. Wolfenbüttel 12./2. 1864 (Seuff. Arch. Bd. 19 Nr. 241). Der dort angeführte Grund, daß die Verfolgung des Rechtsmittels möglicherweise ganz gegen den Willen des Vormunds erfolge, (also wohl auch gegen das Interesse des Bevormundeten), ist hier nicht stichhaltig, weil bereits eine Verbindlichkeit zum Vertragsschlusse besteht, deren Erfüllung der Bevormundete selbst sich nicht entziehen darf. – Sintenis a. a. O. Bd. 3 § 153 (S. 293 und Anm. 3) läßt die Beschwerde von „Betheiligten" überhaupt zu.

[22]) S oben § 8 Z. 1. Wie dort bemerkt, kann der Vorkaufsberechtigte beanspruchen, daß der Vertrag mit dem Dritten zunächst obervormundschaftlich genehmigt werde, bevor er sich über Ausübung seines Rechtes schlüssig mache. Er muß dies freilich sofort auf erfolgte Vertragsanbietung (Benachrichtigung) thun, da sonst anzunehmen ist, er wolle seine Entschließung unabhängig davon treffen.

[23]) L. 44 Dig. de solut. 46. 3 (Marcian.) . . . . tantundem est et si damnatus fuerit alicui vendere vel locare, nam vendendo vel locando et liberatur ex testamento heres et obligat sibi legatarium. – Vgl. auch Seuff. Arch. Bd. 31 Nr. 291 (Celle 28./3. 1876).

wöhnlichen Anfechtung wegen Zwanges, Irrthums, Betruges u. s. w. Insoweit der Mangel etwa bereits dem das Vorkaufsrecht begründenden Rechtsgeschäfte (s. oben § 4) anhaftete, entsteht die Frage, ob nicht durch Abschluß des Vertrages der Mangel als geheilt anzusehen, die Berufung auf den Mangel durch Verzicht als erloschen zu betrachten ist. Darüber entscheiden die allgemeinen Grundsätze[24]).

Wegen Verletzung über die Hälfte steht dem Verkäufer (Vorkaufsverpflichteten) Rücktrittsrecht in derselben Weise zu, wie bei anderen Verkäufen, also vorbehältlich der auch sonst geltenden Ausnahmen. Denn wenn er dem Dritten (ersten Käufer) gegenüber von diesem Rechte Gebrauch machen konnte, so steht ihm diese Befugniß auch dem Vorkaufsberechtigten gegenüber zu, und zwar sowohl nach dem Vertragsschlusse mit dem Berechtigten, als auch schon vorher (s. oben § 8 Z. 2), denn es hätte keinen Zweck den Vertrag zu schließen, wenn der Verpflichtete jetzt schon erklärt von seinem Anfechtungsrechte Gebrauch machen zu wollen. Der Vorkaufsanspruch erweist sich dann als nicht zur Geltung gelangt; wird der Vertrag mit dem Dritten hinterher dennoch vollzogen, so wirkt dieser Verzicht auf die Anfechtbarkeit auch zu Gunsten des Vorkaufsberechtigten, dessen Anspruch auf Abschluß eines gleichen Vertrages geht, wie der mit dem Dritten abgeschlossene.

Eine weitverbreitete Praxis dehnt die Bestimmung der L. 2 Cod. de rescind. vendit. 4. 44 aber auch auf den Käufer aus[25]). Demgemäß haben Einige beim Retrakte dem Retrahenten die Berufung auf laesio enormis dem Käufer gegenüber gestattet[26]), Andere aber mit Recht versagt[27]), während Manche nach Ausübung des Retraktes, also dem Verkäufer gegenüber, die Berufung auf laesio enormis dann gewährten, wenn der Käufer die Verletzung über die Hälfte nicht gekannt habe[28]). Andere machten davon wieder eine Ausnahme, wenn der Retrahent bei Ausübung seines Rechtes bereits das Mißverhältniß zwischen

[24]) Vgl. Windscheid Pand. Bd. 1 § 83.

[25]) Vgl. Windscheid Pand. Bd. 2 § 396 Anm. 10, Dernburg Pand. Bd. 2 § 102 Anm. 7, Gruch. Reichsg. Bd. 6 S. 153, Bd. 10 S. 126.

[26]) Mueller ad Struv. Synt. jurispr. Exerc. 23 th. 63, Leyser Med. ad Pand. P. 3 med. 193 corr. 1, gegen Letzteren Mueller ad Leys. Tom. 2 fasc. 2 obs. 403 pag. 59 und Renaud in der Zeitschr. für Deutsches R. Bd. 8 S. 277 Anm. 87 (da er die Anfechtung überhaupt nicht dem Käufer zugestehen wollte). — Vgl. auch Cod Maxim. Bavar. IV. 5 § 5 n. 11.

[27]) S. die bei Walch a. a. O. S. 194 Anm. 1—5 Genannten, Stobbe Privatr. Bd. 3 § 185 Anm. 38.

[28]) Voet Comment. ad Pand. Lib. 18 tit. 3 § 28, u. A.

Preis und wahrem Werthe gekannt habe[29]). Es bedarf indessen hier keiner weiteren Verfolgung dieser Streitfragen, denn beim Vorkaufsrechte beansprucht der Berechtigte Vertragsschluß mit ihm unter den mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen und bewirkt dadurch, daß der Verpflichtete, wenn er dem Ansinnen nachkommt, den Vertrag mit dem Dritten nicht erfüllen kann. Führt dieser Umstand zur Auflösung des mit dem Dritten geschlossenen Vertrages[30]), so würde es eine Unbilligkeit dem Verkäufer gegenüber enthalten, wenn der Vorkaufsberechtigte, nachdem er einen anderen Verkauf vereitelt hat, selbst vom Vertrage wegen der Höhe des Preises zurücktreten könnte. Dieselben Gründe, welche gegen die Zulässigkeit der Anfechtung einer Versteigerung wege laesio enormis sprechen[31]), kommen auch hier zur Anwendung: der aus Billigkeitsgründen gegen die Rechtsregel[32]), eingeführte Rechtsbehelf darf nicht zur offensichtlichen Unbilligkeit dem anderen Theile gegenüber angewandt werden, ganz ebenso wie die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht stattfindet, wenn der zu beseitigende Nachtheil unverhältnißmäßig gering wäre den Folgen gegenüber, die dem anderen Theile bei Gewährung der Restitution entstünden[33]). Anders läge die Sache, wenn der Dritte (erste Käufer) noch an seinen Vertrag gebunden wäre, oder auch, wenn er selbst wegen laesio enormis oder aus einem anderen Grunde, als wegen Geltendmachung des Vorkaufsanspruches, vom Vertrage zurückgetreten wäre, denn im ersten Falle ist der Verkäufer überhaupt nicht benachtheiligt, im zweiten Falle aber ist der Nachtheil des Verkäufers im wesentlichen nicht größer als wenn sich der Vorkaufsberechtigte überhaupt nicht mit seinem Anspruche vorgedrängt hätte.

Uebrigens fällt beim gesetzlichen Vorkaufsrechte der Gläubiger und Verwandten (s. oben § 2 Z. 2) die Anfechtung wegen laesio enormis schon um deßwillen weg, weil es sich um eine Versteigerung handelt; und dem Eigenthümer des emphyteutischen

---

[29]) Mueller ad Leys. l. c., Walch a. a. O. S. 194, Gebr. Overbeck Meditationen über verschied. Rechtsmaterien Bd. 10 Nr. 499, Heimbach in Weiskes Rechtslex. Bd. 13 S. 303.

[30]) sei es, daß der Vertrag mit dem Dritten nur unter der suspensiven Bedingung der Nichtgeltendmachung oder unter der resolutiven Bedingung der Geltendmachung des Vorkaufsrechtes abgeschlossen war, oder daß der Dritte freiwillig nach der Geltendmachung des Vorkaufsrechtes zurücktritt. Vgl. auch Preuß. L. R. I. 20 § 623.

[31]) Vgl. Entsch. Reichsg. 19./11. 1881 Bd. 6 S. 153.

[32]) L. 16 § 4 Dig. de minor. 4. 4, L. 22 § 3, L. 23 Dig. locati 19. 2.

[33]) Vgl. Windscheid Pand. Bd. 1 § 115 Anm. 6, Dernburg Pand. Bd. 1 § 140 Anm. 3.

Grundstückes, der das emphyteutische Recht zurückkauft, wird die Anfechtung wegen laesio enormis regelmäßig zu versagen sein, weil er sich weniger durch die Absicht, zum wahren Werthe zu kaufen, als durch die Absicht, sein Eigenthum zu konsolidiren, zum Kaufe bestimmen lassen wird. Dagegen kann aus den Stellen, auf die der Wegfall des Anfechtungsrechtes in dem Falle gestützt wird, daß der Erblasser den Verkauf zu einem bestimmten Preise angeordnet hat[34]), nicht gefolgert werden, daß beim letztwillig angeordneten Vorkaufsrechte dem Verkäufer die Berufung auf laesio enormis entzogen sei, denn ein certum pretium im Sinne dieser Stellen liegt nicht vor, der Verkäufer hat vielmehr selbst den Preis im Vertrage mit dem Dritten (ersten Käufer) zu bestimmen.

4. Für die Haftung des Verkäufers wegen Eviktion und wegen verborgener Mängel gelten die allgemeinen Grundsätze[35]).

5. Partikularrechte gestatten dem Verkäufer von dem mit dem Vorkaufsberechtigten geschlossenen Vertrage zurückzutreten, wenn der Vorkaufsberechtigte seinen Verbindlichkeiten nicht nachkommt[36]). Gemeinrechtlich kommen dagegen in diesem Falle lediglich die allgemeinen Regeln über Verzug zur Anwendung.

§ 14.

Klage. Exekution.

1. Wie oben (§ 4 Z. 3, § 5 Z. 1, § 10 Z. 1) hervorgehoben, ist der Vorkaufsanspruch gemeinrechtlich auf facere, speziell auf contrahere, gerichtet, d. h. auf Mitwirkung zum Vertragsschlusse. Weigert der Verpflichtete die von ihm geforderte Mitwirkung zum Vertragsschlusse[1]), so geht die Klage[2]) trotzdem auf das

[34]) L. 49 § 9 Dig. de legat. I (30), L. 70 § 1 Dig. de legat. II (31), Glück Bd. 17 S. 80.

[35]) Ueber die Haftung des Verkäufers dem Käufer gegenüber, wenn gegen Letzteren der Retrakt ausgeübt worden ist vgl. Stryk De success. ab intest. Diss. 6 c. 1 § 32 sq., Leyser Med. ad Pand. P. 3 spec. 193 med. 11, Watch a. a. O. S. 213, Gengler a. a. O. § 88 S. 393, Dernburg Preuß. Privatr. Bd. 1 § 381 Anm 19, Stobbe a. a. O. § 89 Anm. 37 fg.

[36]) Sächs. G. B. § 1125; anders Preuß. L. R. I. 20 § 624 fg.

[1]) Bei Weigerung, der Vertragsanbietungs- (Benachrichtigungs-) Pflicht zu genügen, bedarf es keiner Klage, da dem Berechtigten die Möglichkeit gegeben ist, selbst Offerent zu werden. Ueber Schadensersatzanspruch im Falle der Nichterfüllung dieser Pflicht s. oben § 10 Z. 1; über Schadensersatzanspruch im Falle der Unterlassung der Benachrichtigung vom Zwangsverkaufstermine § 7 Z. 7.

[2]) Bei gesetzlichen Vorkaufsrechten als condictio ex lege bezeichnet (Brueckner l. c. pag. 26 sq.), bei letztwillig angeordneten Vorkaufsrechten als actio ex

eben bezeichnete facere, also auf Naturalleistung, denn die Meinung, als ob obligationes ad faciendum sich schlechthin in eine Interessenforderung verwandelten, wenn der Verpflichtete die Erfüllung weigere, kann heutzutage im Allgemeinen als aufgegeben angesehen werden[3]).

Die Klage geht sonach beim Vorkaufsrechte i. e. S. auf „verkaufen“[4]), beim Vorpachtrechte auf „verpachten“ u. s. w., zu den mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen[5]). In den Fällen aber, in denen diese Rechtsgeschäfte auch durch konkludente Handlungen abgeschlossen werden können, in denen es nämlich einer förmlichen Einigung der Parteien nicht mehr bedarf[6]), ist es auch zulässig, die Klagebitte nicht abstrakt auf Vertragsschluß, sondern konkret auf Uebergabe der Sache gegen Erfüllung der Gegenleistung zu richten[7]). Darin liegt dann nicht die Geltendmachung eines dem Berechtigten nicht zustehenden jus

testamento, bei vertragsmäßigen Vorkaufsrechten je nach den Umständen als actio venditi u. s. w. oder als actio praescriptis verbis v. in factum bezeichnet (s. oben § 4 Z. 3).

3) Auf das Einzelne ist hier nicht einzugehen; vgl. L. 13 § 1 Dig. de re jud. 42. 1. L. 72 pr. (Bartolus und Donellus ad h. l.), L. 68, L. 81 pr. Dig. de Verb. Obl. 45. 1 u. s. w. Der für pacta de contrahendo von der Glosse an gelehrte Satz ad faciendum praecise cogi non posse wird heutzutage fast nur noch für das pactum de mutuo dando und de mutuo accipiendo von Einigen festgehalten. Vgl jedoch neuerdings wieder Regelsberger in Endemanns Handb. des Handelsr. Bd. 2 § 243 S. 419 und Dernburg Pand. Bd. 2 § 10 Anm. 6.

4) Auch da, wo der Verpflichtete mit dem Dritten einen juristisch als Verkauf anzusehenden Vertrag abgeschlossen hat, Z. B. Hingabe an Zahlungsstatt, Theilungsvertrag u. s. w.; sonst aber auf Abschluß eines Tauschvertrages, Trödelvertrages u. s. w.

5) Wo eine Form vorgeschrieben ist, ist die Erfüllung derselben ebenfalls Gegenstand der Klage, s. oben § 13 Z. 1.

6) S. oben § 13 Z. 1.

7) Vgl. Ubbelohde Lehre von den untheilbaren Obligationen (1862) S. 61: „Wo der Inhalt des abzuschließenden Hauptvertrages einer weiteren Einigung der Parteien nicht mehr bedarf, es zur wirklichen Begründung dieses Hauptvertrages vielmehr nur auf die Leistung des aus dem Vorvertrage Verklagten ankommt, wie Z. B. beim Versprechen eines Darlehns von bestimmter Summe zu bestimmtem Zinsfuße auf bestimmte Zeit oder mit bestimmter Kündigungsfrist, da wird heutzutage freilich eine direkte Zwangsvollstreckung auf jene Leistung denkbar sein, die dann die Wirkung des Hauptvertrages hervorbringt.“ Schärfer insoweit Seuff. Arch. Bd. 19 Nr. 35 (Oldenburg 1861): es könne die Klagebitte nur dahin gehen, den Beklagten schuldig zu erkennen, die Summe gegen Uebernahme einer Darlehnsobligation zu zahlen (Vgl. auch Seuff. Arch. Bd. 2 Nr. 165, Dresden 30./12. 1847). — Die Erfüllung der Gegenleistung, von der die Verurtheilung des Verpflichteten abhängig gemacht wird, ist im Rechtssinne die Uebernahme der der betreffenden actio (hier venditi) correspondierenden Verpflichtung; die Zusage, den Kaufpreis in der dem Vorkaufsanspruche entsprechenden Weise zu zahlen, ist nur konkrete Ausdrucksweise für die abstrakte Verpflichtung.

in re, auch nicht nothwendig diejenige eines Anspruches aus dem noch gar nicht geschlossenen Vertrage, denn auch ein erst zu schließender Vertrag kann durch Handlungen zu Stande kommen, die einen sicheren Schluß auf die Willenseinigung in der betreffenden Richtung zulassen. Freilich leidet durch diese Fassung des Klageantrages und des darauf ergehenden Urtheilstenors die plastische Darstellung des Rechtsverhältnisses, wie sie sonst stattfindet, wenn zunächst auf contrahere, und dann erst auf solvere, Klageantrag und Urtheilstenor sich richten, allein der praktische Vortheil, die Vermeidung eines zweiten Prozesses, überwiegt das theoretische Bedenken. Die weitere Ausführung dessen gehört zur Lehre von den Vorverträgen und überhaupt von den obligationes ad contrahendum; dagegen bedarf es hier einer Prüfung der Frage, ob der Anspruch des Vorkaufsberechtigten, also auch seine Klage, auf Schadensersatz gerichtet werden muß, wenn der Vorkaufsverpflichtete die Sache, auf die sich das Vorkaufsrecht bezieht, dem Dritten (ersten Käufer) zu Eigenthum übertragen hat. Die Vertreter dieser weitverbreiteten Ansicht[8]) stimmen in den Gründen für ihre Ansicht nicht überein: die Einen gehen noch von dem vorhin erwähnten Satze aus, daß Klagen aus obligationes faciendi nur auf die Interessenforderung gerichtet seien, Andere wollen nur zum Ausdruck bringen, daß gegen den nunmehrigen Eigenthümer kein Anspruch des Vorkaufsberechtigten bestehe, während wieder Andere in der That Unmöglichkeit der Naturalleistung annehmen, die zur Folge habe, daß nun Schadensersatz an Stelle der Sache gefordert werden müsse. Aber die Sache selbst ist ja nicht Gegenstand des Vorkaufsanspruches, sondern eine Handlung, das contrahere; und wenn auch, wie vorhin hervorgehoben, die Klagebitte und das Urtheil in konkreterer Fassung auf dare gerichtet werden kann, so bleibt es darum doch wahr, daß facere der Gegenstand der obligatio ad contrahendum, hier des Vorkaufsanspruches, ist.

[8]) Vgl. u. A. Carpzov. Jurisprud. forens. P. 2 const. 32 def. 8 sq., Berger l. c. § 25, Struv. Synt. jurispr. Exerc. 23 th. 48, Madihn l. c. § 8 No. 1 (pag. 25) und § 12 No. 1 (pag. 37), Madihn Princ. jur. Rom. § 187, Walch a. a. O. S. 94 Anm. 4, E. G. Schmidt Theoret.-prakt. Commentar zu seines Vaters Lehrb. Bd. 4 § 915 Nr. 6, Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien Bd. 1 Nr. 15, v. Bülow und Hagemann Prakt. Erörterungen Bd. 4 S. 39, Glück Bd. 16 S. 169, Brueckner l. c. pag. 20 No. 5, pag. 27 not. b, Bucher Recht der Forderungen 2. Aufl. 1830 S. 226, Wening-Ingenheim a. a. O., Mühlenbruch a. a. O., Schilling a. a. O. § 334 Anm. x, Sintenis a. a. O. S. 644, Seuffert a. a. O., Holzschuher a. a. O. Z. 1 lit. a, Renaud im Magazin für Bad. Rechtspflege und Verwaltung Bd. 5 S. 401, Kayser a. a. O. S. 1172; vgl. auch Preuß. L. R. I. 20 § 627, Oesterr. G. B. § 1079, Sächs. G. B. § 1124.

Dieses facere ist aber selbst dann nicht unmöglich, wenn der Verpflichtete nicht mehr Eigenthümer ist, denn auch eine fremde Sache kann gemeinrechtlich verkauft werden: der Verkauf ist gültig und zieht die auch sonst eintretenden Verbindlichkeiten nach sich[9]).

Aber auch da, wo Klagebitte und Urtheil die konkrete Form annehmen, also auf dare, nicht auf facere gerichtet zu sein scheinen, kann von einer Unmöglichkeit der Leistung nicht die Rede sein. Zwischen dem Vertragsschlusse mit dem Dritten, durch welchen der Vorkaufsanspruch zur Wirksamkeit gelangt, und dem contrahere (Offerte und Annahme) und wiederum zwischen dem contrahere und solvere, bezw. der Zwangsvollstreckung behufs Erfüllung des aus dem Vertrage sich ergebenden Anspruches, liegt eine längere oder kürzere Zeit, während deren der Verpflichtete die Möglichkeit hat, sich die Sache wieder zu verschaffen. Mit dieser Möglichkeit hat aber der Vorkaufsberechtigte zu rechnen; es liegt nicht Unmöglichkeit der Erfüllung vor, sondern höchstens eine Schwierigkeit, die aber den Berechtigten ganz und gar nicht berührt[10]).

Der Vorkaufsberechtigte hat daher Naturalleistung zu fordern; die Behauptung, daß durch die Uebertragung der Sache an den Dritten der Vorkaufsanspruch eine unwiderrufliche Aenderung seines Gegenstandes erfahren habe[11]), ist gemeinrechtlich ganz unbegründet. —

---

[9]) L. 28 Dig. de contrah. empt. 18.1. Mit Recht haben Seuff. Arch. Bd. 30 Nr. 29 (Celle 29./5 1875) und Bd. 30 Nr. 247 (Celle 10./2. 1875), sowie Göppert in der Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 14 S. 411 darauf hingewiesen. Nur darf die Sache nicht dem Verkehre entzogen sein; der Verkauf einer res extra commercium ist nichtig, L. 34 § 1 Dig. eod. 18.1.

[10]) Vgl. die cit. Entsch. Seuff. Arch. Bd. 30 Nr. 247, Göppert a. a. O. S. 411, auch Motive zu § 481 fg. Deutschen Entwurfs Bd. 2 S. 347; ferner (für das pactum de retrovendendo) Seuff. Arch. Bd. 2 Nr. 171. Einen Klageanspruch darauf, daß der Vorkaufsverpflichtete die Sache vom Dritten zurückerwerbe, hat der Berechtigte natürlich nicht, Entsch. Reichsg. 8./10. 1889 bei Bolze Praxis des R. G. Bd. 8 S. 105.

[11]) So Renaud a. a. O. (Bad. Magazin) S. 406 für die französische Jurisprudenz, die in dieser Beziehung auf römischer Grundlage zu beruhen behauptet: selbst wenn der Vorkaufsverpflichtete die Sache vom Dritten zurückerworben habe, stehe ihm das Recht der Naturalleistung nicht mehr zu. — Auf demselben Standpunkte scheinen die Entsch. des vorm. Badischen Oberhofgerichts v. 16./12. 1872 (Bad. Annalen Bd. 39 S. 49) und des Reichsgerichts v. 8./10. 1889 (Zeitschr. für französ. Civilr. Bd. 21 S. 31) zu stehen, die im Falle der Besitzübergabe an den Dritten eine absolute Unmöglichkeit der Erfüllung, nicht nur eine Schwierigkeit, annehmen, weil, wie die citirte reichsgerichtliche Entscheidung ausführt, die Verpflichtung lediglich auf einen rechtzeitigen Verkauf gerichtet sei, nämlich bevor die Sache an einen anderen Kauflustigen verkauft werde (s. dagegen oben § 9 Z. 1). Anders Entsch. Reichsg. 25./11. 1890 bei Bolze Praxis des R. G. Bd. 11 Nr. 76 (für Bad. L. R.)

Stellt sich freilich in der Zwangsvollstreckung die Unmöglichkeit der Naturalerfüllung heraus, so kommt der Schadensersatzanspruch, nach allgemeinen Grundsätzen, zur Geltung. Da aber diese Unmöglichkeit schon während des Prozesses hervortreten kann, wenn nämlich der Vorkaufsverpflichtete sich weigert, die Sache vom Dritten zurückzuerwerben, oder wenn er erklärt, daß ihm der Rückerwerb der Sache nicht möglich sei, so kann der Vorkaufsberechtigte mit seiner Klage auf Erfüllung auch eine Schadensersatzklage verbinden, entweder in dem Sinne, daß er zunächst Erfüllung und nur im Falle der Unmöglichkeit oder beharrlicher Weigerung Schadensersatz fordert[12]), oder in dem Sinne, daß er (wozu er an sich nicht verpflichtet ist) dem Verpflichteten die Wahl lassen will, welchen Anspruch er erfüllen mag[13]). — Endlich kann der Vorkaufsberechtigte, nach allgemeinen Grundsätzen, seinen Anspruch auch sofort auf Schadensersatz richten, wenn die künftige Naturalleistung aus anderen Gründen, für die der Verpflichtete einzustehen hat, unmöglich geworden ist, aber auch wenn die Naturalleistung in Folge Verzuges des Verpflichteten für ihn, den Berechtigten, werthlos geworden ist[14]). —

2. Exekution. — Verlangt der Berechtigte im Prozesse Naturalerfüllung, so lautet das obsiegliche Urtheil auf contrahere, beim Vorkaufsrechte i. e. S. also auf „verkaufen", beim Vorpachtrechte auf „verpachten", also auf Abgabe von Willenserklärungen. Mit der Rechtskraft des Urtheils gilt der Vertrag als geschlossen (§ 779 C. P. O.); der zu schließende Vertrag ist geschlossen[15]), so daß nun auf Erfüllung des Vertrages geklagt werden kann. Für diese Klage, sowie für die (subsidiäre oder prinzipale) Schadensersatzklage kommen hinsichtlich der Zwangsvollstreckung lediglich die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung.

[12]) Der Werth des Streitgegenstandes bemißt sich dann nach dem prinzipalen (Erfüllungs-) Anspruch: Entsch. Reichsg. 28./9. 1886 in Seuff. Arch. Bd. 42 Nr. 322.

[13]) In diesem Falle ist der geringere Anspruch für die Bestimmung des Werthes des Streitgegenstandes maßgebend.

[14]) Wegen der Schwierigkeit, den entstandenen Schaden nachzuweisen, ist die Festsetzung einer Konventionalstrafe zu empfehlen, E. G. Schmidt Theoret.-prakt. Comment. zu seines Vaters Lehrb. Bd. 4 § 914, vgl. auch Motive zu § 481 fg. Deutschen Entwurfs Bd. 2 S. 348. —

[15]) Vgl. Bechmann Kauf Th. 2 Abth. 1 § 190 S. 272; zu § 779 C. P. O. vgl. Degenkolb im Arch. für civ. Pr. Bd. 71 S. 75 fg. — Für das frühere Recht vgl. Unterholzner Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2 § 439, ähnlich Regelsberger Civilrechtl. Erörterungen 1. Heft S. 130 fg., dagegen Degenkolb Begriff des Vorvertrages S. 43 Anm. und Göppert a. a. O. S. 412.

so besteht das Vorkaufsrecht hinsichtlich des übrig gebliebenen Theiles weiter[5]), denn die für den Verkauf und andere gegenseitige Verträge geltenden Regeln kommen hier, wo der Vorkaufsberechtigte vorerst überhaupt noch nicht gebunden ist, nicht zur Anwendung. — Beruht der Untergang der Sache auf Verschulden des Vorkaufsverpflichteten, so steht dem Berechtigten zwar nach allgemeinen Grundsätzen[6]) ein Schadensersatzanspruch zu, allein bei der regelmäßig vorhandenen Ungewißheit, ob, wann und unter welchen Bedingungen ein Vertragsschluß mit einem Dritten zu Stande gekommen wäre, und ob der Berechtigte zu diesen Bedingungen Vertragsschluß verlangt hätte, läßt sich ein solcher Anspruch selten geltend machen[7]). —

Das Vorkaufsrecht endigt mit dem Wegfalle wesentlicher Eigenschaften, z. B. das Vorkaufsrecht des Eigenthümers des emphyteutischen Grundstückes mit dem Verluste der genannten Eigenschaft[8]); andere Vorkaufsrechte endigen, wenn die Sache aufhört im commercium zu stehen[9]).

Das Vorkaufsrecht endigt endlich, wenn der Vertragsschluß dauernd unmöglich geworden ist, beispielsweise wenn der Abschluß des Vertrages mit dem Berechtigten an dem Widerspruche der obervormundschaftlichen Behörde, wo deren Zustimmung überhaupt erforderlich ist, scheitert, vorausgesetzt, daß der Vorkaufsanspruch überhaupt zur Wirksamkeit gelangt, also dem mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrage die obervormundschaftliche Genehmigung ertheilt worden war[10]). —

Nicht aber gehört hierher der Fall, daß der Verpflichtete den Besitz der Sache oder das Eigenthum an derselben verloren hat, denn das Vorkaufsrecht wird dadurch an sich nicht berührt (s. § 14 Z. 1). Ist das Eigenthum der Sache auf einen Anderen übergegangen, so kommt es vielmehr darauf an, ob der Eigenthumsübergang durch ein Rechtsgeschäft vermittelt wurde, bei dem der Vorkaufsanspruch in thesi zur Geltung gelangen konnte oder nicht. Bejahenden Falles wird der Vorkaufsanspruch

---

5) Also beim Untergange des Hauses an der area (für den Retrakt Walch a. a. O. S. 248).

6) Vgl. Windscheid Pand. Bd. 2 § 264.

7) Anders unter Umständen, wenn der Verpflichtete bereits einen Vertrag mit einem Dritten geschlossen hat, oder wenn die Unterhandlungen mit dem Dritten bereits soweit gediehen waren, daß sich die Geneigtheit des Verpflichteten zum Vertragsschlusse erkennen läßt. Vgl. auch Seuff. Arch. Bd. 31 Nr. 291 (Wolfenbüttel 28./3. 1876).

8) Vgl. auch für den Retrakt Glück Bd. 16 S. 192.

9) Vgl. Seuff. Arch. Bd. 30 Nr. 247 (Celle 10./2. 1875).

10) S. oben § 13 Z. 2 a. E.

sam geworden, so schadet ihm die bloße Aufhebung des Rechtssatzes nicht mehr, es sei denn, daß der Gesetzgeber auch das fertige Rechtsverhältniß, den Anspruch auf Vertragsschluß, habe beseitigen wollen. — Ein gesetzliches Vorkaufsrecht kann durch Rechtsgeschäft wiederholt werden, entweder um ein subjektives, also von dem Rechtssatze unabhängiges Recht zu begründen, oder ohne diese Absicht, also blos reproduzirend; nur im ersteren Falle unterliegt das Vorkaufsrecht fernerhin nicht mehr dem Schicksale des Rechtssatzes, also der Aufhebung oder Abänderung des Rechtssatzes, mit dessen Inhalt sein Inhalt übereinstimmt[2]). —

Ist das Vorkaufsrecht durch Rechtsgeschäft oder richterliche Verfügung begründet, so bewirkt die Ungültigkeit des betreffenden Aktes auch den Wegfall des Vorkaufsrechtes. Ist aber auf Grund desselben bereits ein Vertragsschluß mit dem vermeintlich Berechtigten erfolgt, so kann die Anfechtung dieses Vertrages nur nach den Grundsätzen der condictio indebiti stattfinden, wozu auch das Vorhandensein entschuldbaren Irrthums vorausgesetzt wird.

2. Das Vorkaufsrecht endigt wegen Unmöglichkeit der Erfüllung durch den Untergang der Sache, oder durch Wegfall wesentlicher Eigenschaften, oder durch Unmöglichkeit des Vertragsschlusses. — Es endigt durch den Untergang der Sache: das Vorkaufsrecht ist zwar kein dingliches Recht, auch kein Recht auf die Sache, sondern ein Recht auf eine Handlung; aber diese Handlung bezieht sich auf eine Sache. Fällt letztere weg, so ist auch ein sich auf sie beziehender Vertragsschluß nicht möglich[3]). Tritt an die Stelle der untergegangenen Sache eine andere Sache als Surrogat, so besteht an ihr das Vorkaufsrecht weiter, vorausgesetzt, daß es sich in seiner bisherigen Art auf sie überhaupt beziehen kann[4]). Ist die Sache nur zum Theile untergegangen,

satz zwischen der bloßen Existenz des Rechtssatzes und dem Erwerbe eines subjektiven Rechtes bezeichnet die Entscheidung des O. Trib. Berlin Bd. 45 S 51 fg. als „abstrakte" bezw. „konkrete" Existenz des Vorkaufsrechtes (ähnlich auch Bd. 80 S. 86), allein konkrete Existenz gewinnt nicht nur der gesetzliche, sondern auch jeder andere Vorkaufsanspruch erst durch den Abschluß des Vertrages zwischen dem Verpflichteten und einem Dritten.

[2]) Es kommt also auf die Absicht an, mit der das rechtsgeschäftliche Vorkaufsrecht begründet wurde: Entsch. O. Trib. Berlin 5./3. 1860 (Bd. 42 S. 1 ff. = Seuff. Arch. Bd. 14 Nr. 192), Dernburg Preuß. Privatr. Bd. 1 § 380 Anm. 9, Entsch. Reichsg. 25/4. 1881 (Bd. 5 S. 223 ff.).

[3]) L. 15 pr. Dig. de contrah. empt. 18. 1.

[4]) Auf die Brandversicherungs- oder Enteignungssumme bezieht sich das Vorkaufsrecht also nicht; anders beim Rückkaufsrechte, wenn der Preis im Voraus bestimmt ist, vgl. Seuff. Arch. Bd. 34 Nr. 28 (O. Trib. Berlin 10/6. 1877).

so besteht das Vorkaufsrecht hinsichtlich des übrig gebliebenen Theiles weiter[5]), denn die für den Verkauf und andere gegenseitige Verträge geltenden Regeln kommen hier, wo der Vorkaufsberechtigte vorerst überhaupt noch nicht gebunden ist, nicht zur Anwendung. – Beruht der Untergang der Sache auf Verschulden des Vorkaufsverpflichteten, so steht dem Berechtigten zwar nach allgemeinen Grundsätzen[6]) ein Schadensersatzanspruch zu, allein bei der regelmäßig vorhandenen Ungewißheit, ob, wann und unter welchen Bedingungen ein Vertragsschluß mit einem Dritten zu Stande gekommen wäre, und ob der Berechtigte zu diesen Bedingungen Vertragsschluß verlangt hätte, läßt sich ein solcher Anspruch selten geltend machen[7]). —

Das Vorkaufsrecht endigt mit dem Wegfalle wesentlicher Eigenschaften, z. B. das Vorkaufsrecht des Eigenthümers des emphyteutischen Grundstückes mit dem Verluste der genannten Eigenschaft[8]); andere Vorkaufsrechte endigen, wenn die Sache aufhört im commercium zu stehen[9]).

Das Vorkaufsrecht endigt endlich, wenn der Vertragsschluß dauernd unmöglich geworden ist, beispielsweise wenn der Abschluß des Vertrages mit dem Berechtigten an dem Widerspruche der obervormundschaftlichen Behörde, wo deren Zustimmung überhaupt erforderlich ist, scheitert, vorausgesetzt, daß der Vorkaufsanspruch überhaupt zur Wirksamkeit gelangt, also dem mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrage die obervormundschaftliche Genehmigung ertheilt worden war[10]). —

Nicht aber gehört hierher der Fall, daß der Verpflichtete den Besitz der Sache oder das Eigenthum an derselben verloren hat, denn das Vorkaufsrecht wird dadurch an sich nicht berührt (s. § 14 Z. 1). Ist das Eigenthum der Sache auf einen Anderen übergegangen, so kommt es vielmehr darauf an, ob der Eigenthumsübergang durch ein Rechtsgeschäft vermittelt wurde, bei dem der Vorkaufsanspruch in thesi zur Geltung gelangen konnte oder nicht. Bejahenden Falles wird der Vorkaufsanspruch

---

5) Also beim Untergange des Hauses an der area (für den Retrakt Walch a. a. O. S. 248).

6) Vgl. Windscheid Pand. Bd. 2 § 264.

7) Anders unter Umständen, wenn der Verpflichtete bereits einen Vertrag mit einem Dritten geschlossen hat, oder wenn die Unterhandlungen mit dem Dritten bereits soweit gediehen waren, daß sich die Geneigtheit des Verpflichteten zum Vertragsschlusse erkennen läßt. Vgl. auch Seuff. Arch. Bd. 31 Nr. 291 (Wolfenbüttel 28./3. 1876).

8) Vgl. auch für den Retrakt Glück Bd. 16 S. 192.

9) Vgl. Seuff. Arch. Bd. 30 Nr. 247 (Celle 10./2. 1875).

10) S. oben § 13 Z. 2 a. E.

sam geworden, so schadet ihm die bloße Aufhebung des Rechtssatzes nicht mehr, es sei denn, daß der Gesetzgeber auch das fertige Rechtsverhältniß, den Anspruch auf Vertragsschluß, habe beseitigen wollen. — Ein gesetzliches Vorkaufsrecht kann durch Rechtsgeschäft wiederholt werden, entweder um ein subjektives, also von dem Rechtssatze unabhängiges Recht zu begründen, oder ohne diese Absicht, also blos reproduzirend; nur im ersteren Falle unterliegt das Vorkaufsrecht fernerhin nicht mehr dem Schicksale des Rechtssatzes, also der Aufhebung oder Abänderung des Rechtssatzes, mit dessen Inhalt sein Inhalt übereinstimmt[2]). —

Ist das Vorkaufsrecht durch Rechtsgeschäft oder richterliche Verfügung begründet, so bewirkt die Ungültigkeit des betreffenden Aktes auch den Wegfall des Vorkaufsrechtes. Ist aber auf Grund desselben bereits ein Vertragsschluß mit dem vermeintlich Berechtigten erfolgt, so kann die Anfechtung dieses Vertrages nur nach den Grundsätzen der condictio indebiti stattfinden, wozu auch das Vorhandensein entschuldbaren Irrthums vorausgesetzt wird.

2. Das Vorkaufsrecht endigt wegen Unmöglichkeit der Erfüllung durch den Untergang der Sache, oder durch Wegfall wesentlicher Eigenschaften, oder durch Unmöglichkeit des Vertragsschlusses. — Es endigt durch den Untergang der Sache: das Vorkaufsrecht ist zwar kein dingliches Recht, auch kein Recht auf die Sache, sondern ein Recht auf eine Handlung; aber diese Handlung bezieht sich auf eine Sache. Fällt letztere weg, so ist auch ein sich auf sie beziehender Vertragsschluß nicht möglich[3]). Tritt an die Stelle der untergegangenen Sache eine andere Sache als Surrogat, so besteht an ihr das Vorkaufsrecht weiter, vorausgesetzt, daß es sich in seiner bisherigen Art auf sie überhaupt beziehen kann[4]). Ist die Sache nur zum Theile untergegangen,

satz zwischen der bloßen Existenz des Rechtssatzes und dem Erwerbe eines subjektiven Rechtes bezeichnet die Entscheidung des O. Trib. Berlin Bd. 45 S. 51 fg. als „abstrakte" bezw. „konkrete" Existenz des Vorkaufsrechtes (ähnlich auch Bd. 80 S. 86), allein konkrete Existenz gewinnt nicht nur der gesetzliche, sondern auch jeder andere Vorkaufsanspruch erst durch den Abschluß des Vertrages zwischen dem Verpflichteten und einem Dritten.

[2]) Es kommt also auf die Absicht an, mit der das rechtsgeschäftliche Vorkaufsrecht begründet wurde: Entsch. O. Trib. Berlin 5./3. 1860 (Bd. 42 S. 1 ff. — Seuff. Arch. Bd. 14 Nr. 192), Dernburg Preuß. Privatr. Bd. 1 § 380 Anm. 9, Entsch. Reichsg. 25/4. 1881 (Bd. 5 S. 223 ff.).

[3]) L. 15 pr. Dig. de contrah. empt. 18. 1.

[4]) Auf die Brandversicherungs- oder Enteignungssumme bezieht sich das Vorkaufsrecht also nicht; anders beim Rückkaufsrechte, wenn der Preis im Voraus bestimmt ist, vgl. Seuff. Arch. Bd. 34 Nr. 28 (O. Trib. Berlin 10/6. 1877).

ruht, von dem Vertragsschlusse mit dem Dritten an[28]), denn die Unterscheidung, ob dem Berechtigten „Anzeige" vom Vertragsschlusse gemacht worden sei oder nicht[29]), beruht auf Verkennung des Grundes, der im Falle nicht rechtzeitiger Geltendmachung des Vorkaufsrechtes, auf erfolgte Anzeige hin, den Untergang des Rechtes veranlaßt[30]). Auch wenn der Verpflichtete dem Berechtigten nicht den Abschluß des Vertrages anbietet (ihn vom Abschlusse des Vertrages mit dem Dritten nicht benachrichtigt), ist der Berechtigte ja nicht gehindert, seinen Contrahierungsanspruch geltend zu machen[31]). — Eine Ausnahme davon tritt nur ein, wenn der Vorkaufsanspruch selbst aufschiebend bedingt oder befristet ist[32]), nicht aber, wenn der mit dem Dritten abgeschlossene Vertrag mit solchen Nebenbestimmungen versehen ist, weil diese die Geltendmachung des Vorkaufsanspruches — freilich nur unter Beibehaltung der mit dem Dritten vereinbarten Modalitäten — nicht hemmen[33]). —

6. Das Vorkaufsrecht erlischt durch Verzicht des Berechtigten auf dieses Recht. Da gesetzliche Vorkaufsrechte zunächst noch kein subjektives Recht geben, sondern nur die Möglichkeit des Rechtserwerbes eröffnen[34]), so ist der Verzicht auf ein solches in Wirklichkeit Verzicht auf künftige Entstehung des Vorkaufsanspruches[35]). Für den Verzicht gelten die allgemeinen Grund-

---

Walch a. a. O. S. 271 Anm. 12—17 Citirten, denen auch Cramer Observat. jur. 1741 Tom. 4 obs. 1113 beizufügen ist. Offenbar unrichtig war die Ansicht der bei Walch a. a. O. Anm. 1—11 Citirten, die den Vertragsschluß als Ausgangspunkt der Verjährung betrachteten. Andere ließen die Verjährung von der Kenntniß des Berechtigten beginnen, so Walch a. a. O. S. 274 ff., Glück Bd. 16 S. 190, Seuff. Arch. Bd. 11 Nr. 274 Nr. 3 (Celle 19./2. 1856), Heimbach in Weiskes Rechtslex. Bd. 13 S. 310, Gerber a. a. O. § 176 zu Anm. 13, Stobbe a. a. O., während wieder Andere der Unkenntniß des Berechtigten in Folge Abwesenheit, Minderjährigkeit (v. Bülow und Hagemann Prakt. Erört. Bd. 5 Nr. 25 S. 121), u. s. w., dadurch Rechnung trugen, daß sie die Frist utiliter berechneten (s. Walch a. a. O. S. 278) — Restitutio in integrum gegen den Ablauf der Frist fand nicht statt, Seuff. Arch. Bd. 7 Nr. 82 (Celle 1852), abw. Walch a. a. O. S. 279.

[28]) Holzschuher a. a. O. Z. 7.

[29]) Glück Bd. 16 S. 190 fg.

[30]) S. unten Z. 7.

[31]) S. oben § 5 Z. 1, § 10 Z. 3, 4.

[32]) S. oben § 4 a. E.

[33]) S. oben § 9 Z. 2.

[34]) S. oben Z. 1.

[35]) Die Zulässigkeit eines solchen Verzichtes steht um so mehr außer Zweifel, als L. 3 Cod. de jure emphyt. 4. 66 das Vorkaufsrecht nur dann einräumt, wenn der emphyteutische Vertrag keine abweichenden Bestimmungen enthält.

5. Der Vorkaufsanspruch erlischt durch Verjährung. Obligatorische Ansprüche, zu denen nach gemeinem Rechte der Vorkaufsanspruch gehört, verjähren in dreißig Jahren, insofern für einzelne Fälle nicht eine Ausnahme besteht[21]). Dies gilt auch für den Vorkaufsanspruch, gleichgültig auf welchem Entstehungsgrunde er beruht[22]), denn die von älteren Schriftstellern vertretene Ansicht, daß bei gesetzlichen Vorkaufsrechten die Verjährungszeit Jahr und Tag betrage, beruht auf unstatthafter Uebertragung der für den Retrakt geltenden Vorschriften[23]) auf das Vorkaufsrecht. Auch kann ein gemeinrechtlicher Gerichtsgebrauch nicht als bestehend anerkannt werden, daß das Vorkaufsrecht des Eigenthümers des emphyteutischen Grundstückes binnen Jahresfrist verjähre[24]).

Ueber den Beginn der Verjährungsfrist gehen die Ansichten auseinander. Daß die Verjährungszeit nicht von dem Zeitpunkte der Begründung des Vorkaufsrechtes gerechnet werden kann, ist zweifellos[25]), denn es liegt im Begriffe des Vorkaufsrechtes, daß es nur unter der Voraussetzung geltend gemacht werden kann, daß ein Vertrag mit einem Dritten geschlossen wurde. Bei gesetzlichen Vorkaufsrechten aber tritt noch der weitere Umstand hinzu, daß sie auch erst von diesem Zeitpunkte an als subjektive Rechte in Betracht kommen, denn vorher bestand nur der Rechtssatz, der den Erwerb eines subjektiven Rechtes ermöglichte[26]). Die Verjährung läuft bei dem Vorkaufsanspruche[27]), gleichgültig auf welchem Entstehungsgrunde er be-

[21]) Dreißigjährige Verjährung der Ansprüche aus Vorverträgen: Regelsberger in Endemanns Handb. des Handelsr. Bd. 2 § 243 Z. 6.

[22]) Carpzov. Jurisprud. forens. P. 2 const. 32 def. 13 (die Sächsische Constitution erhöhte die 30jährige Frist noch um Jahr und Tag), Glück Bd. 16 S. 191 zu Anm. 43, Holzschuher a. a. O. Z. 7. Ueber die Verjährung des Anspruches aus dem dinglichen Vorkaufsrechte des Preuß. L. R. vgl. I. 20 § 646 ff. Preuß. L. R.

[23]) Walch a. a. O. S. 260 ff., Glück Bd. 16 S. 190, Emminghaus Sächs. Pandekten S. 554 fg, Gerber a. a. O. § 176 Anm. 13, Beseler a. a. O. § 94 Anm. 29, Stobbe a. a. O. § 89 Z. 8. — Die dreißigtägige Frist der Verordnung Kaiser Friedrichs II. (Monum. Germ. Legum Tom. 2 pag. 332, im Auszuge in 5 Feud. c. 13) ist nicht recipirt. — Hatte der Berechtigte keine Kenntniß vom Vertragsschlusse erhalten, so ließ man die dreißigjährige Verjährungszeit zur Anwendung kommen, Glück Bd. 16 S. 190.

[24]) So Holzschuher a. a. O. Bd. 1 § 19 Z. 12 lit l.

[25]) Berlich Conclus. practic. P. 2 concl. 40 n. 69, Carpzov. Jurispr. forens. P. 2 const. 32 def. 13. — Für das Wiederkaufsrecht gilt das Gegentheil, was früher viel bestritten wurde.

[26]) S. oben Z. 1.

[27]) Der Retrakt verjährt, richtiger Ansicht nach, nicht vor erfolgter Uebergabe der Sache an den Käufer; von da an lassen die Verjährung laufen die bei

ruht, von dem Vertragsschlusse mit dem Dritten an[28]), denn die Unterscheidung, ob dem Berechtigten „Anzeige" vom Vertragsschlusse gemacht worden sei oder nicht[29]), beruht auf Verkennung des Grundes, der im Falle nicht rechtzeitiger Geltendmachung des Vorkaufsrechtes, auf erfolgte Anzeige hin, den Untergang des Rechtes veranlaßt[30]). Auch wenn der Verpflichtete dem Berechtigten nicht den Abschluß des Vertrages anbietet (ihn vom Abschlusse des Vertrages mit dem Dritten nicht benachrichtigt), ist der Berechtigte ja nicht gehindert, seinen Contrahierungsanspruch geltend zu machen[31]). — Eine Ausnahme davon tritt nur ein, wenn der Vorkaufsanspruch selbst aufschiebend bedingt oder befristet ist[32]), nicht aber, wenn der mit dem Dritten abgeschlossene Vertrag mit solchen Nebenbestimmungen versehen ist, weil diese die Geltendmachung des Vorkaufsanspruches — freilich nur unter Beibehaltung der mit dem Dritten vereinbarten Modalitäten — nicht hemmen[33]). —

6. Das Vorkaufsrecht erlischt durch Verzicht des Berechtigten auf dieses Recht. Da gesetzliche Vorkaufsrechte zunächst noch kein subjektives Recht geben, sondern nur die Möglichkeit des Rechtserwerbes eröffnen[34]), so ist der Verzicht auf ein solches in Wirklichkeit Verzicht auf künftige Entstehung des Vorkaufsanspruches[35]). Für den Verzicht gelten die allgemeinen Grund-

---

Walch a. a. O. S. 271 Anm. 12—17 Citirten, denen auch Cramer Observat. jur. 1741 Tom. 4 obs. 1113 beizufügen ist. Offenbar unrichtig war die Ansicht der bei Walch a. a. O. Anm. 1—11 Citirten, die den Vertragsschluß als Ausgangspunkt der Verjährung betrachteten. Andere ließen die Verjährung von der Kenntniß des Berechtigten beginnen, so Walch a. a. O. S. 274 ff., Glück Bd. 16 S. 190, Seuff. Arch. Bd. 11 Nr. 274 Nr. 3 (Celle 19./2. 1856), Heimbach in Weiskes Rechtslex. Bd. 13 S. 310, Gerber a. a. O. § 176 zu Anm. 13, Stobbe a. a. O., während wieder Andere der Unkenntniß des Berechtigten in Folge Abwesenheit, Minderjährigkeit (v. Bülow und Hagemann Prakt. Erört. Bd. 5 Nr. 25 S. 121), u. s. w., dadurch Rechnung trugen, daß sie die Frist utiliter berechneten (s. Walch a. a. O. S. 278) — Restitutio in integrum gegen den Ablauf der Frist fand nicht statt, Seuff. Arch. Bd. 7 Nr. 82 (Celle 1852), abw. Walch a. a. O. S. 279.

28) Holzschuher a. a. O. Z. 7.

29) Glück Bd. 16 S. 190 fg.

30) S. unten Z. 7.

31) S. oben § 5 Z. 1, § 10 Z. 3, 4.

32) S. oben § 4 a. E.

33) S. oben § 9 Z. 2.

34) S. oben Z. 1.

35) Die Zulässigkeit eines solchen Verzichtes steht um so mehr außer Zweifel, als L. 3 Cod. de jure emphyt. 4. 66 das Vorkaufsrecht nur dann einräumt, wenn der emphyteutische Vertrag keine abweichenden Bestimmungen enthält.

5. Der Vorkaufsanspruch erlischt durch Verjährung. Obligatorische Ansprüche, zu denen nach gemeinem Rechte der Vorkaufsanspruch gehört, verjähren in dreißig Jahren, insofern für einzelne Fälle nicht eine Ausnahme besteht[21]). Dies gilt auch für den Vorkaufsanspruch, gleichgültig auf welchem Entstehungsgrunde er beruht[22]), denn die von älteren Schriftstellern vertretene Ansicht, daß bei gesetzlichen Vorkaufsrechten die Verjährungszeit Jahr und Tag betrage, beruht auf unstatthafter Uebertragung der für den Retrakt geltenden Vorschriften[23]) auf das Vorkaufsrecht. Auch kann ein gemeinrechtlicher Gerichtsgebrauch nicht als bestehend anerkannt werden, daß das Vorkaufsrecht des Eigenthümers des emphyteutischen Grundstückes binnen Jahresfrist verjähre[24]).

Ueber den Beginn der Verjährungsfrist gehen die Ansichten auseinander. Daß die Verjährungszeit nicht von dem Zeitpunkte der Begründung des Vorkaufsrechtes gerechnet werden kann, ist zweifellos[25]), denn es liegt im Begriffe des Vorkaufsrechtes, daß es nur unter der Voraussetzung geltend gemacht werden kann, daß ein Vertrag mit einem Dritten geschlossen wurde. Bei gesetzlichen Vorkaufsrechten aber tritt noch der weitere Umstand hinzu, daß sie auch erst von diesem Zeitpunkte an als subjektive Rechte in Betracht kommen, denn vorher bestand nur der Rechtssatz, der den Erwerb eines subjektiven Rechtes ermöglichte[26]). Die Verjährung läuft bei dem Vorkaufsanspruche[27]), gleichgültig auf welchem Entstehungsgrunde er be-

[21]) Dreißigjährige Verjährung der Ansprüche aus Vorverträgen: Regelsberger in Endemanns Handb. des Handelsr. Bd. 2 § 243 Z. 6.

[22]) Carpzov. Jurisprud. forens. P. 2 const. 32 def. 13 (die Sächsische Constitution erhöhte die 30jährige Frist noch um Jahr und Tag), Glück Bd. 16 S. 191 zu Anm. 43, Holzschuher a. a. O. Z. 7. Ueber die Verjährung des Anspruches aus dem dinglichen Vorkaufsrechte des Preuß. L. R. vgl. I. 20 § 646 ff. Preuß. L. R.

[23]) Walch a. a. O. S. 260 ff., Glück Bd. 16 S. 190, Emminghaus Sächs. Pandekten S. 554 fg, Gerber a. a. O. § 176 Anm. 13, Beseler a. a. O. § 94 Anm. 29, Stobbe a. a. O. § 89 Z. 8. — Die dreißigtägige Frist der Verordnung Kaiser Friedrichs II. (Monum. Germ. Legum Tom. 2 pag. 332, im Auszuge in 5 Feud. c. 13) ist nicht rezipirt. — Hatte der Berechtigte keine Kenntniß vom Vertragsschlusse erhalten, so ließ man die dreißigjährige Verjährungszeit zur Anwendung kommen, Glück Bd. 16 S. 190.

[24]) So Holzschuher a. a. O. Bd. 1 § 19 Z. 12 lit l.

[25]) Berlich Conclus. practic. P. 2 concl. 40 n. 69, Carpzov. Jurispr. forens. P. 2 const. 32 def. 13. — Für das Wiederkaufsrecht gilt das Gegentheil, was früher viel bestritten wurde.

[26]) S. oben Z. 1.

[27]) Der Retrakt verjährt, richtiger Ansicht nach, nicht vor erfolgter Uebergabe der Sache an den Käufer; von da an lassen die Verjährung laufen die bei

Bedingungen, so daß, wenn der mit dem Dritten abgeschlossene Vertrag sich als ungültig erweist[41]), das Vorkaufsrecht bei einem neuen Vertragsschlusse nochmals zur Geltung gelangt.

7. Gewöhnlich bezeichnet man als weiteren Erlöschungsgrund des Vorkaufsrechtes den Fall, daß der Berechtigte, auf erfolgte Benachrichtigung hin, nicht rechtzeitig erklärt, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen. Da insbesondere, wo es an einer positiven Vorschrift[42]) fehlt, hat man die Erlöschung in mannigfacher Art juristisch zu begründen gesucht; wir wenden uns zunächst zu diesen Constructionsversuchen.

Aeltere Schriftsteller nahmen Verjährung[43]) an; allein keiner der für die Verjährung geltenden Grundsätze kommt hier zur Anwendung, weder die Dauer, noch der Beginn, oder die Unterbrechungen der Verjährung gelten für den erwähnten Fall[44]).

Andere Schriftsteller nahmen Verzicht an[45]). Freilich kann ja der Berechtigte auf sein Recht überhaupt oder auf den konkreten Vorkaufsanspruch verzichten (s. oben Z. 6), allein darum handelt es sich hier nicht; die bloße Nichtausübung wurde von jenen Schriftstellern als Verzicht bezeichnet. Daß der Verzichtende die Absicht haben muß, sein Recht aufzugeben, während dem Vorkaufsberechtigten, der nur sein Vorkaufsrecht unbenützt läßt, jene Absicht fremd sein kann, übersahen die Vertreter dieser Meinung ganz. Ja der Vorkaufsberechtigte kann sogar im Gegentheil die Absicht haben, sein Recht auszuüben, er wird nur durch besondere Umstände an der Ausführung seiner Absicht verhindert. Mehr noch, er kann ausdrücklich dagegen protestieren, daß in seinem Verhalten ein Verzicht erblickt werde; sein Vorkaufsrecht geht dennoch unter. Ja selbst seine Minderjährigkeit oder auf sonstigen Gründen beruhende Handlungsunfähigkeit hindert anerkanntermaßen den Untergang des Rechtes nicht, wenn er die vorgeschriebene Frist hat verstreichen lassen[46]): läge still-

---

41) S. oben § 8. Hierher gehört auch die Unwirksamkeit des mit dem Dritten geschlossenen Vertrages wegen Eintritts der Resolutivbedingung u. s. w.

42) L. 3 Cod. de jure emphyt. 4. 66; Preuß. L. R. I. 20 § 609, Oesterr. G. B, § 1075, Sächs. G. B. § 1122, Deutsch. Entw. § 487 Z. 2.

43) Vgl. z. B. Glück Bd. 16 S. 190, offensichtlich in Anlehnung an das beim Retrakte stattfindende Rechtsverhältniß.

44) Vgl. auch Unger Oesterr. Privatr. Bd. 2 § 104 Anm. 78.

45) Vgl. z. B. Koch a. a. O. § 245, Curtius Sächs. Civilr. Bd. 4 § 1425, Seuff Arch. Bd. 41 Nr. 181 (Braunschweig 3./4. 1886).

46) Entsch. des Obersten Gerichtshofes für Bayern vom 24./2. 1879 (Samml. Bd. 7 S. 795 — Bl. für Rechtsanwend. Bd. 44 S. 139). Abw. für den Retrakt Walch a. a. O. S. 258.

schweigender Verzicht vor, so wäre dieser ohne obervormundschaftliche Genehmigung bekanntlich ungültig, nichtig. Und endlich wäre auch ein Verzicht, also auch ein stillschweigender, für den Verzichtenden erst durch die vom anderen Theile ausgehende Annahme bindend, während die Thatsache der nicht rechtzeitigen Ausübung allein hinreicht, um das Recht des Vorkaufsberechtigten erlöschen zu lassen.

Andere Schriftsteller nahmen an, daß das Vorkaufsrecht im Falle nicht rechtzeitiger Ausübung wegen mora creditoris untergehe. Demgemäß ließen sie purgatio morae zu, wenn der Berechtigte re adhuc integra, d. h. bevor der Verpflichtete die Sache weiter veräußert habe, sein Recht noch ausübe[47]); sie hätten von ihrem Standpunkte aus die Erlöschung auch noch davon abhängig machen müssen, daß die Nichtausübung unentschuldbar sei[48]). Daß diese Auffassung den Verpflichteten ungebührlich belastet, liegt auf der Hand.

Vielmehr beruht die Erlöschung des Vorkaufsrechtes u. E. einestheils auf den Grundsätzen über Offerten-Annahme, anderntheils aber auch auf der den Vorverträgen und überhaupt den obligationes ad contrahendum eigenen zeitlichen Begrenzung. Bezüglich des ersten Gesichtspunktes kann auf das oben § 11 Z. 2 Gesagte verwiesen werden: nur eine Offerte kann acceptirt werden; nur diejenige Benachrichtigung gilt als Offerte, bei der sich nicht das Gegentheil aus dem Wortlaute entnehmen läßt und nur diejenige Offerte kommt rechtlich in Betracht, die sich mit dem Vorkaufsanspruche deckt.

Liegen diese Erfordernisse vor, so soll nach dem zu vermuthenden Willen der das Vorkaufsrecht Begründenden, der Contrahierungsanspruch überhaupt erlöschen, wenn die Offerte nicht in der vorgeschriebenen Zeit, oder, in Ermangelung einer derartigen Bestimmung, unverzüglich angenommen wird (§ 12 Z. 2). Die einseitige Gebundenheit darf nicht länger dauern, als absolut

[47]) Vgl. Alciat. Comment. in Pand. 1582 Tom. 2 pag. 852 ad Leg. 122 § Coheredes Dig. de Verb. Obl. (45. 1): Qua ratione sicut lapsa die potest dominus (scil. emphyteuseos) nihilo minus moram re integra purgare et in meliorationibus emendis praelatione uti, et in nostro casu etiam post praestitutam diem admittentur coheredes, dum tamen adhuc Titius extraneo non vendiderit, sicque res adhuc sit integra. — Zustimmend Berger l. c. § 18. Andere Schriftsteller führten den Untergang des Vorkaufsrechtes zwar auf mora accipiendi zurück, ohne jedoch purgatio morae als zulässig zu erwähnen, vgl. Schweppe a. a. O.

[48]) Vgl. hierzu Windscheid Pand. Bd. 2 § 345 Anm. 8, Dernburg Pand. Bd. 2 § 43 Anm. 9. — Abw. u. A. Kohler im Jahrb. für Dogmatik Bd. 17 S. 261 ff.

erforderlich ist; dieser für Vorverträge und überhaupt für obligationes ad contrahendum anerkannte Grundsatz beruht auf vernünftiger Willensauslegung[49]). Der Vorkaufsanspruch ist also zeitlich begrenzt, aber nicht der Vorkaufsanspruch als solcher, sondern nur unter der Voraussetzung, daß der Verpflichtete seiner Verpflichtung zur Vertragsanbietung genügt hat; begrenzt ist dann die Acceptation nach den Grundsätzen über Offerten-Annahme, eine spätere Offerte des Berechtigten, bezw. die Acceptationsverbindlichkeit des Verpflichteten, nach den Grundsätzen, die für Vorverträge und überhaupt für obligationes ad contrahendum gelten.

8. Der Konkurs über das Vermögen des Verpflichteten bewirkt den Untergang des Vorkaufsrechtes nicht. Während des Konkurses kann freilich, wenn der Konkursverwalter (als Vertreter der Gläubiger hinsichtlich ihres Beschlagsrechtes an der Konkursmasse) den Vertrag mit einem Dritten schließt, der Vorkaufsanspruch nach dem oben (§ 7 Z. 7) Gesagten nicht zur Geltung gelangen; anders wenn die Gläubiger auf ihr Beschlagsrecht an der Sache, auf die sich das Vorkaufsrecht bezieht, verzichtet hätten und der Cridar nun selbst einen Vertrag mit einem Dritten schließen würde, oder wenn der Cridar ohne solchen Verzicht aber mit hinterheriger Genehmigung der Gläubigerschaft[50]) einen Vertrag mit einem Dritten geschlossen hätte. — Aber der Vorkaufsanspruch kann auch bereits vor der Konkurseröffnung wirksam geworden sein.

Da gemeinrechtlich der Vorkaufsberechtigte kein dingliches, sondern nur ein Forderungsrecht hat, so ist er Konkursgläubiger, wenn sein Vorkaufsanspruch bereits zur Zeit der Konkurseröffnung begründet war (§ 2 K. O.). Auf die Wirksamkeit kommt es hierbei nicht an; gesetzliche Vorkaufsrechte sind aber erst subjektive (wohlerworbene) Rechte, wenn der Vorkaufsanspruch wirksam geworden ist[51]).

Wo der Vorkaufsberechtigte hiernach als Konkursgläubiger seinen Anspruch geltend machen kann, vermag er dies während

---

[49]) S. die oben Anm. 18 angeführten Citate. Auch beim pactum de retrovendendo besteht mithin diese zeitliche Begrenzung, aber sie ist unabhängig von der Anzeige des Weiterverkaufes oder von der Anbietung des Rückverkaufsvertrages, denn es besteht keine Verpflichtung zur Vornahme dieser Handlungen und kein Anspruch des Verpflichteten, daß der Wiederkaufsberechtigte bei einem Weiterverkaufe der Sache sein Recht geltend mache. O. A. G. Lübeck 1859 in Hamb. Rechtssachen (Samml. Bd. 3 S. 860).

[50]) K. O. § 6: Anfechtbarkeit; Verzicht darauf seitens der Gläubigerschaft.

[51]) S. oben Z. 1.

des Konkursverfahrens nur in der Form des Geldanspruches zu thun[52]). — Insolange jedoch der Vorkaufsanspruch noch nicht wirksam geworden ist, hat der Vorkaufsberechtigte nicht einmal einen Anspruch auf Sicherheitsleistung, denn das Vorkaufsrecht ist kein bedingter Anspruch im Rechtssinne[53]).

Ist das Vorkaufsrecht erst nach der Konkurseröffnung entstanden (oder ist bei gesetzlichen Vorkaufsrechten der Vorkaufsanspruch erst nach der Konkurseröffnung wirksam geworden), so nimmt der Berechtigte an der Konkursmasse nicht Theil[54]).

Hatte er sich zu Gunsten seines Anspruches eine Hypothek eintragen lassen, so ist er Absonderungsgläubiger, dessen Befriedigung wegen seines Geldanspruches außerhalb des Konkursverfahrens erfolgt[55]). —

Ueber die heutige Anwendbarkeit der L. 16 Dig. de reb. auct. jud. 42. 5 s. oben § 2 Z. 2 a. E.

---

52) K. O. § 62. Eine prozessuale Modifikation, vgl. Kohler Lehrb. des Konkursrechtes 1891 S. 343 fg. Nicht die Interessenforderung (s. oben § 15), sondern der Schätzungswerth, die vera rei aestimatio kommt in Betracht (Vgl. auch oben § 7 Z. 3), es sei denn, daß der Interessenanspruch schon zur Zeit der Konkurseröffnung subsidiär oder prinzipal begründet gewesen wäre (s. oben § 15 Z. 1).

53) S. oben § 1 und K. O. § 60.

54) K. O. § 2.

55) K. O. § 3.